FACULDADES OPET
CURSO DE DIREITO

REVISTA ÂNIMA

10ª EDIÇÃO – ANO IV – JULHO A DEZEMBRO DE 2013

ISSN 2175-7119

Revista indexada no LATINDEX e Diadorim

Classificação Qualis
B5 (Ciências Sociais Aplicadas)
C (Direito)

CURITIBA – PARANÁ – BRASIL
2º SEMESTRE DE 2013

Expediente

ANIMA – REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DA OPET

Editor Responsável: Prof. Dr. Érico Hack

Coordenadora do Curso de Direito: Prof. Lélia Lenz Cesar

Secretaria:
Faculdades Opet - Curso de Direito (Campus Centro Cívico):
Rua Nilo Peçanha, 1635, Fones (41) 3028-2841 / 3028-2883.
Contato: sap-fao@opet.com.br

SUMÁRIO

A CONCESSÃO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA COMO MEIO DE ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA, FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Gabriela Soldano Garcez[1]

RESUMO

O crescimento populacional urbano desencadeou a ocupação desordenada das cidades, fazendo surgir diversos institutos a fim de garantir moradia para a população de baixa renda. O direito a moradia é assegurado pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental e integrante do núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana, desde a Emenda Constitucional nº. 66/2000. Por outro lado, a concessão especial visa ceder o uso de um bem público a um particular para fins de moradia, objetivando o direito fundamental garantido por diversas Convenções Internacionais. Neste contexto, o presente artigo analisa e explana tanto os aspectos básicos quanto as peculiaridades deste instituto, bem como visa relacioná-la ao direito à moradia. Analisa, ainda, os requisitos necessários para o preenchimento da concessão especial tanto na forma individual quanto a coletiva, fazendo uma correlação entre o direito fundamental à moradia e o princípio da dignidade humana, fundamento e objetivo constitucional do Brasil.

Palavras-chave

Direito fundamental, concessão especial, moradia.

ABSTRACT

The special grant aims to give the use of a public good to private individuals for housing purposes. In turn, the right to housing is guaranteed by the Constitution as a fundamental and integral to the core of human dignity. In this context, this article aims to analyze the special grant for housing purposes, linking it to the right to housing and the dignity of the human.

Keywords

Fundamental right, special grants, housing

[1] Advogada e Jornalista diplomada. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos, com bolsa da CAPES (PROSUP). E-mail para contato: gabrielasoldanogarcez@adv.oabsp.org.br

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, houve grande crescimento populacional urbano. As pessoas dirigiram-se às cidades a procura de melhores condições de vida e a procura de trabalho digno. Entretanto, a maioria destas cidades não estava preparada para receber índices tão altos de população que necessitavam de moradia e infraestrutura.

Como consequência, a expansão desordenada prejudicou os espaços urbanos, ocasionando, além de risco para os "novos e antigos" moradores, degradação ambiental e necessidade do Poder Público investir em infraestrutura e novos meios de regularização da ocupação informal, tendo em vista que o direito a moradia é um direito social garantido pela Constituição Federal de 1988, no artigo 6º, *caput*, bem como um direito fundamental garantido pelo artigo 5º, também da Carta Magna, além de ser classificado como um direito humano básico, garantido por diversas Convenções Internacionais (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direito Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, entre outras que o Brasil é signatário).

Neste contexto, surge a concessão especial para fins de moradia, como instrumento de política urbana habitacional, objetivando a concessão de moradia para a população de baixa renda.

Em razão da importância do assunto, o presente trabalho expõe a temática deste instituto, apresentando tanto seus aspectos básicos, quanto suas peculiaridades, relacionando-o com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º, inciso III, da Constituição) e, base para os objetivos fundamentais da República (artigo 3º, incisos I e III, da Constituição).

2 CONCESSÃO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA

2.1 Conceito e breves considerações iniciais

> Como quase ¾ da população brasileira mora nas cidades e todos, independentemente da renda que dispõem, precisam morar em algum lugar, a população de baixa renda tem procurado resolver seus problemas de moradia à revelia do mercado imobiliário e do marco legal do Direito: ocupando terrenos vazios, públicos ou privados, em sítios adequados ou em áreas de risco, espontânea ou organizadamente, simplesmente buscando um espaço vital de radicação. [2]

Neste cenário, surgem intervenções públicas destinadas a proceder a regularização fundiária desses assentamentos.

> Regularização fundiária é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária. [3]

Para tanto, são necessários a utilização de alguns instrumentos, entre eles, a concessão especial para fins de moradia, concedida para aqueles na posse de terras públicas.

Significa, de forma simplória, um contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui, onerosa ou gratuitamente, o uso exclusivo de um bem desta pessoa jurídica a particular, para utilização segundo a sua destinação específica.

Tal concessão está incluída no texto constitucional no artigo 183, parágrafo 1º, tendo sido vetada pelo Presidente da República no Estatuto da Cidade (artigos 10 a 15): “artigo 183, § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil”.

Consta, ainda, na Lei nº. 9.636/98, no artigo 22-A, com texto incluído pela Lei nº. 11.481/07:

> Artigo 22-A - A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos, e será conferida aos possuidores ou ocupantes que preencham os requisitos legais estabelecidos na Medida Provisória no 2.220, de 4 de setembro de 2001.
>
> § 1º - O direito de que trata o caput deste artigo não se aplica a imóveis funcionais.

---

2 SAULE JÚNIOR, Nelson (coord.). Direito à cidade – trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999, p. 162.

3 SAULE JÚNIOR, Nelson (coord.)., Op. Cit., p. 163.

> § 2º - Os imóveis sob administração do Ministério da Defesa ou dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica são considerados de interesse da defesa nacional para efeito do disposto no inciso III do caput do art. 5o da Medida Provisória no 2.220, de 4 de setembro de 2001, sem prejuízo do estabelecido no § 1o deste artigo.

O instituto foi regulamentado pela Medida Provisória nº. 2.220/01, ainda eficaz (tendo em vista a norma permissiva do artigo 2º da Emenda Constitucional nº. 32/01), e não convertida em lei.

> Emenda Constitucional nº. 32/01, artigo 2º - As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

A Medida Provisória citada dispõe sobre a concessão de uso na forma individual, em seu artigo 1º, e sobre a forma coletiva, no artigo 2º.

> Artigo 1º - Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

> Artigo 2º - Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

O título será obtido pela via administrativa ou judicial e servirá para efeito de registro no serviço imobiliário, conforme Lei de Registros Públicos, no artigo 167, inciso I, item 37, com redação da Medida Provisória citada anteriormente.

2.2 Concessão especial para fins de moradia x concessão de direito real de uso

Primeiramente, cabe diferenciar a concessão especial para fins de moradia com a concessão de direito real de uso.

A concessão de direito real de uso é um instituto primitivo instituído no Decreto-Lei nº. 271/67 (no artigo 7º), posteriormente modificado pela Lei nº. 6.766/79 (que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano), lei esta que trata, basicamente, de contratos de compra e venda; contratos de promessa de compra e venda e, contratos de cessão de direitos que geram direitos reais oponíveis a terceiros.

> Decreto-Lei nº. 271/67, artigo 7º - É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

Assim, tal concessão implica o direito de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou determinado, tendo sido criada em época de reforma administrativa do governo militar, com a intenção de criação de direito real resolúvel, para fins de edificação, urbanização, cultivo ou outra destinação de interesse social.

> A concessão de direito real de uso foi festejada como uma possibilidade única de dar uso a terrenos públicos, sem dilapidar o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público a que os imóveis pertencem, evitando ainda o desvirtuamento das finalidades para as quais os imóveis são destinados. [4]

A concessão de direito real de uso resolúvel não prescinde de autorização legal da pessoa política competente e reclama, via de regra, de licitação prévia.

Tal licitação é dispensada nos casos do parágrafo 6º, do artigo 18, da Lei nº. 9.636/98, que dispõe sobre "a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União" (parágrafo com redação dada pela recente Lei nº. 11.481/07, que alargou este permissivo para não somente os imóveis da União, para abranger também os

[4] SAULE JÚNIOR, Nelson (coord.). Op. cit., p. 173.

imóveis das demais pessoas políticas).

> § 6º - Fica dispensada de licitação a cessão prevista no caput deste artigo relativa a:
>
> I - bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
>
> II - bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados), inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública e cuja ocupação se tenha consolidado até 27 de abril de 2006.

Por outro lado, a concessão de uso especial, constante do texto constitucional, é verdadeiro direito subjetivo público, outorgado aos ocupantes de área pública, tendo em vista que o título pode ser concedido pela via administrativa. Entretanto, se de tal forma não puder ser conquistado (pela recusa ou omissão da Administração), abre-se a possibilidade de perseguição do título pela via judicial.

À guisa de outras distinções: a concessão constitucional depende da dimensão do terreno, enquanto que a concessão de direito real de uso não depende de qualquer dimensão.

Ademais, a concessão constitucional depende de ocupação anterior por certo período de tempo, o que não ocorre na concessão do Decreto-Lei nº. 271/67.

Vale ressaltar, ainda, que os dois institutos constam no artigo 1.225, do Código Civil, nos incisos XI e XII (introduzidos pela Lei nº. 11.481/07), como direitos reais.

2.3 Função social da propriedade pública

A propriedade deve ser utilizada a fim de garantir o direito constitucional a moradia (contido no artigo 6º, da Constituição), tendo, inclusive, o Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/01) estabelecido como diretriz geral da política urbana a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda (conforme artigo 2º, inciso XIV).

Neste contexto se encaixa a concessão de uso especial para fins de moradia, pois, conforme dito anteriormente, esta é um dos principais instrumentos para a realização da

função social da propriedade urbana, vez que viabiliza tanto a regularização fundiária, quanto o exercício do direito constitucional a moradia.

> (...) o instituto da concessão especial de uso para fins de moradia atende a evidente interesse social, na medida em que se insere como instrumento de regularização da posse de milhares de pessoas das classes mais pobres, em regra faveladas, contribuindo para ampliar a função social inerente à propriedade pública. [5]

2.4 Requisitos

Para ter direito a concessão especial para fins de moradia, é necessário o preenchimento de determinados requisitos.

Primeiramente, tanto para a concessão na forma individual quanto na coletiva, a propriedade deve ser um imóvel público (de domínio público).

Para a forma individual, o terreno deve ter metragem de até 250m². Para a forma coletiva, o imóvel pode ter mais de 250m²; deve ser utilizado por mais de um possuidor e não ser possível identificar individualmente a área ocupada por cada um dos possuidores.

No caso da concessão coletiva, não há necessidade de comprovação da posse individual, bastando a comprovação do assentamento.

Nos dois casos, a posse (com *animus domini*) de tal área pública deve ter ocorrido por cinco anos ininterruptos, sem oposição, até a data de 30 de junho de 2001. Assim, numa interpretação literal, a posse deve ter sido iniciada em data anterior a 30 de junho de 1996, para que em 30 de junho de 2001 tenham decorridos cinco anos.

Por fim, deve ser apresentada uma declaração do município de que aquele determinado imóvel encontra-se localizado dentro de área urbana, bem como de que será utilizado para fins de moradia (artigo 6º, parágrafo 2º, da Medida Provisória citada).

> Artigo 6º - O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial. (...)

---

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 160.

> § 2º - Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família.

Ademais, o adquirente não pode ser proprietário ou concessionário de qualquer outro imóvel, seja na área urbana ou rural.

A concessão especial para fins de moradia extingue-se caso o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da moradia ou, ainda, se ele adquirir a propriedade ou a concessão de outro imóvel (seja na área urbana ou rural), conforme determinação do artigo 8º, da Medida Provisória, nº. 2.220/01.

Em qualquer dos casos de extinção, esta deverá ser averbada no Registro Imobiliário (parágrafo único, do artigo 8º).

Vale salientar que, para a ocorrência de tal extinção o Poder Público não precisa recorrer ao Judiciário, podendo extinguir o instituto pela via administrativa (mesmo se tiver sido concedido judicialmente).

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

A Emenda Constitucional nº. 26/2000 incluiu expressamente a moradia como um direito social, no *caput* do artigo 6º, da Constituição de 1988.

> Artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O direito à moradia é também um direito fundamental, “na medida em que dele depende a qualidade de um bem jurídico maior, qual seja, a vida humana”[6].

Define-se como direito fundamental aquele direito do cidadão que recebe a

[6] FREITAS, Gilberto Passos de. Ilícito penal ambiental e reparação do dano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 111.

proteção constitucional. São direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, "objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta"[7].

Estão, portanto, positivados na Constituição vigente, sob pena desse instrumento chamado "Constituição" perder seu sentido primordial, como observa o artigo 16, da Declaração do Homem e do Cidadão (de 1789): "Toda sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".

O doutrinador José Afonso da Silva observa que sob a denominação "fundamentais" encontra-se:

> a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; são direitos fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. [8]

Todos os direitos ligados à vida são, portanto, direitos fundamentais. O direito à moradia é um direito, inegavelmente, ligado a vida, eis que, dentre suas nuances, permite a sadia qualidade de vida.

4 CORRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade não é um direito, mas sim um atributo que todo ser humano possui, independentemente de sua nacionalidade ou do ordenamento jurídico vigente. É, portanto, um conceito imaterial.

É uma condição que permite o mínimo necessário para o adequado desenvolvimento do indivíduo e de sua personalidade.

Segundo Liliana Allodi Rossit:

> No nosso ordenamento jurídico, essas condições vêm previstas, no artigo 6º da Carta de 1988, sob o nome de "Direitos Sociais" (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados) e igualmente no artigo 5º, quando garante aos brasileiros e

[7] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 529.

[8] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 176/177.

> estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. [9]

A dignidade da pessoa humana está consagrada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da Constituição), o que significa dizer que cabe ao Estado respeitar, proteger e promover a dignidade, ou seja, permitir a criação de condições necessárias para uma vida com dignidade.

Ademais, a dignidade não é apenas mais um dos fundamentos da República, mas também um valor supremo do nosso ordenamento jurídico, pois não é somente a Constituição que a prevê, mas todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, não é uma norma suprema, mas possui valor constitucional supremo, quando considerada como um princípio instrumental (um postulado normativo). Assim, o valor da dignidade humana tem um peso mais elevado do que os outros valores.

Vale salientar que, a dignidade da pessoa humana é o núcleo em torno do qual gravitam todos os outros direitos fundamentais.

Assim, se todos os direitos fundamentais foram criados com a finalidade de promover e proteger a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia (direito este considerado fundamental, conforme já explicitado anteriormente) deve ter como finalidade essencial a proteção e promoção da dignidade.

Resta claro, portanto, que a dignidade da pessoa humana se dá também com o acesso à moradia.

> Há de se considerar que os objetivos traçados no Estatuto da Cidade, entre eles, de se ter uma cidade sustentável, apropriada a fornecer a seus habitantes as condições mínimas de bem-estar, se conectam com o princípio da dignidade da pessoa humana.[10]

Percebe-se, neste contexto, que o Estado tem a obrigação de promover condições ou remover obstáculos que impeçam as pessoas de viver com dignidade. "Melhores condições de vida, que incluem a possibilidade a uma moradia digna, devem constituir prioridade para o Poder Público"[11].

---

[9] ROSSIT, Liliana Allodi. O meio ambiente de trabalho no direito ambiental brasileiro. São Paulo: LTr, 2001, p. 57.

[10] GARCIA, Maria (coord.). A cidade e seu estatuto. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 375.

[11] GARCIA, Ibid., p. 375.

Inclui-se, neste caso, o contrato administrativo denominado concessão especial para fins de moradia, visando a concessão de habitação para uma parcela da população desprovida de recursos financeiros mínimos, o que contribui, inclusive, para a inclusão social.

5 CONCLUSÃO

> A dimensão dos problemas urbanos no Brasil tem a questão habitacional como um componente essencial da atuação do Estado Brasileiro, na promoção de políticas públicas voltadas para a redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza, e na garantia dos direitos das pessoas que vivem nas cidades. [12]

O mínimo existencial é o conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna, ou seja, são os direitos que, de tão essenciais, se não forem assegurados, a pessoa não terá uma vida digna básica. É o mínimo sem o qual o ser humano não terá sua dignidade respeitada.

Seu conteúdo é extraído de três princípios: a) princípio da dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III, da Constituição; b) princípio da liberdade material – artigo 5º, diversos incisos, da Constituição; c) princípio do estado democrático e social de direito – artigo 1º, *caput*, da Constituição.

O mínimo existencial estabelece um subgrupo menor e mais preciso de direitos, visando conferir maior efetividade a estes.

Há diferentes visões sobre o conteúdo do mínimo. Entretanto, a maioria da doutrina adota como componente do mínimo: a) educação – artigo 208, inciso I, da Constituição; b) saúde; c) assistência aos desamparados; d) acesso à justiça, que é o instrumento indispensável para assegurar os direitos sociais, caso o Estado não o faça espontaneamente.

> Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo

[12] SAULE JÚNIOR, Nelson (coord.). Op. cit., p. 63.

exigível diante do Poder Judiciário. [13]

Por outro lado, compõe o direito a assistência: 1) alimentação; 2) vestuário; 3) salário social (benefício previsto na Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS); e, 4) moradia.

Percebe-se, portanto, que o direito à moradia compõe o núcleo do mínimo existencial, garantido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que somente com a efetivação destes direitos é que a pessoa pode desfrutar de uma vida digna.

Por esta razão, a política habitacional brasileira deve facilitar a entrada de diversas camadas da população no mercado habitacional, seja através de leis, planos ou políticas públicas. Os mais diferentes segmentos sociais, que formam a cidade, devem ter condições de acesso a uma moradia digna.

É obrigação do Estado, portanto, intervir e regulamentar as atividades da política habitacional, possibilitando o acesso a propriedade imobiliária, em especial a urbana, tendo em mente a função social da propriedade.

Uma das formas de aquisição da propriedade é a concessão especial para fins de moradia, concedida para aqueles na posse de terras públicas, por meio de um contrato administrativo, pelo qual o Poder Público atribui, onerosa ou gratuitamente, o uso exclusivo de um bem a um particular, para uma destinação específica, qual seja, a moradia.

Este instituto é uma forma de disposição (e regulamentação) do uso do solo urbano, visando a melhoria das condições de vida nas cidades, dando dignidade aos seus moradores.

Assim, percebe-se o interesse do Estado com o solo e sua disposição, visando o desenvolvimento urbano e a melhoria das condições sociais nas grandes cidades, através do direito a moradia, consagrado na Constituição Federal e em Tratados Internacionais (dos quais o Brasil é signatário).

---

[13] BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 258.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Carlos Gomes de. **Introdução ao direito ambiental**. Cuiabá: Verde-Pantanal, 1990.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** Volume 4. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.) **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Maria (coord.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LIMA, Márcio Kammer de. **Usucapião coletivo e desapropriação judicial: instrumentos de atuação da função social da propriedade**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos – teoria, súmulas e jurisprudência**. 2.ed., Bahia: Editora Jus Podivm, 2011.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

____________. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Coisas.** Volume 5. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSSIT, Liliana Allodi. **O meio ambiente de trabalho no direito ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAULE JÚNIOR, Nelson (coord.). **Direito à cidade – trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

PEREZ, Marcio Fernandez. A Polêmica Da Súmula 385 STJ – Exceção da Pré-negativação e o Dever de Idenizar. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

A POLÊMICA DA SÚMULA 385 STJ – EXCEÇÃO DA PRÉ-NEGATIVAÇÃO E O DEVER DE INDENIZAR

Marcio Fernandez Perez[1]

RESUMO

O dano moral, tido como uma ofensa aos direitos da personalidade, mostra-se presente quando da inscrição indevida do nome da pessoa nos órgãos de restrição ao crédito (violação à honra objetiva). Contudo, quando a inscrição se dá em momento em que já existe uma outra negativação devida vigente, não se observa dano passível de reparação moral, de modo que o conteúdo da súmula 385 STJ não merece revisão ou cancelamento.

Palavras-chave

súmula 385 STJ, dano moral, direitos da personalidade, negativação indevida.

ABSTRACT

The moral damage, pointed as a violation of the personality rights, is detected when the name of a person is registered incorrectly in the credit bureaus (trespass of the objective honor). However, when the registration is made in a moment that exists other regular registration, it’s not possible to the person claim for moral damages, what imply in the maintenance of the enunciation 385 STJ.

Keywords

enunciation 385 STJ, moral damage, personality rights, credit bureaus.

1 INTRODUÇÃO

A questão a ser enfrentada no presente estudo se relaciona com a aferição do dano (e seu caráter ressarcível) causado pela negativação indevida nos órgãos de restrição ao crédito, e sua relação com os direitos da personalidade, já que tal ato constituiria uma ofensa à honra objetiva. O estudo parte do conteúdo da súmula 385 STJ, que afasta a responsabilidade civil do responsável pelo cadastro indevido quando há pré-negativação devida.

---

[1] Advogado em São Paulo. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – GVLaw.

Os serviços prestados pelos órgãos de restrição ao crédito possuem alta relevância, vez que objetivam "disponibilizar informações a terceiros, de modo a viabilizar melhor apreciação dos riscos para concessão de créditos[2]". Ou seja, tais órgãos servem como mecanismo de proteção a quem pretende conceder crédito a outrem, permitindo identificar se o tomador de crédito enfrenta naquele momento uma situação de inadimplência, o que reduziria sua chance de cumprir futuras obrigações.

Como afirma Antônio Carlos Efing[3]:

> ...percebe-se que a informação toma contornos cada vez mais relevantes na sociedade atual, haja vista a dimensão desta, motivo que levou os arquivos de consumo (verdadeiras manifestações da sociedade de informação) a "uma estatura semidivina, tamanha a confiança que neles depositam os agentes econômicos e, por via de consequência, os próprios cidadãos, vistos coletivamente".

Tal é a importância de tais órgãos restritivos, que o Código de Defesa do Consumidor os eleva expressamente à categoria de entidades prestadoras de serviço de interesse público, conforme a redação de seu artigo 43, parágrafo 4º: "os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público".

Em seu sítio eletrônico, o Serasa Experian, órgão dessa natureza com maior presença no mercado brasileiro, dá uma ideia da importância desses serviços[4]: "há mais de 40 anos presente no mercado brasileiro, a Serasa Experian participa da maioria das decisões de crédito e negócios tomadas no País, respondendo, on-line e em tempo real, a 4 milhões de consultas por dia, demandadas por 400 mil clientes diretos e indiretos".

Assim, pelos números apresentados, percebe-se que a cada 50 dias de atividades, referida entidade (sem contar as demais) realiza consultas em número equivalente à população total do Brasil, conforme levantamentos mais recentes efetuados pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística[5].

No entanto, mesmo tendo tais órgãos uma finalidade preventiva e assecuratória,

---

2 REsp 1246170, relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 11/05/2011.

3 EFING, Antônio Carlos. Bancos de dados e cadastro de consumidores. V.18. São Paulo. Editora RT. 2001. P. 41

4 Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/quem-somos/institucional/>. Acesso em 16/10/2013.

5 Disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/08/29/brasil-tem-mais-de-201-milhoes-de-habitantes-estima-ibge.htm>. Acesso em 16/10/2013.

tem-se como fato notório que todos os dias são ajuizadas ações de cunho indenizatório decorrentes da negativação indevida do nome de pessoas (físicas e jurídicas) em seus bancos de dados. Seja por negligência, esquecimento, fraudes, etc., infelizmente é comum em nossa sociedade a ocorrência da inserção ilegítima nesses órgãos restritivos.

Isso decorre principalmente da facilidade e rapidez com que os nomes são incluídos, excluídos, e consultados no cadastro, o que é necessário para a eficácia do serviço, e próprio de sua natureza. Afinal, seja numa pequena loja de bairro, ou mesmo nas maiores instituições financeiras, aquele que concederá o crédito precisa de uma resposta imediata para que decida entre conceder ou não o crédito pretendido.

Nesse aspecto, demonstrando a facilidade de uso do sistema, mister observar que é o próprio credor quem realiza a inscrição desabonadora, que muitas vezes não é feita de forma regular[6]:

> ...para efetuar a inscrição nos bancos de dados, são exigidos, em geral, a qualificação do devedor, o valor da dívida, a data de vencimento, o número do contrato e a identificação do fornecedor. (...) os bancos de dados de proteção ao crédito permitem a inclusão das chamadas restrições comerciais por meio de preenchimento de formulário próprio ou pela Internet. A solicitação e o registro baseiam-se apenas na afirmação do fornecedor: não se exige, *a priori*, qualquer comprovação do débito.

A doutrina e jurisprudência nacional sustentam que tal inserção, quando indevida, causa danos àqueles que sofreram restrições creditícias de maneira irregular, que devem ser reparados por parte de seu causador. Isso porque a negativação acima mencionada atingiria diretamente os direitos da personalidade da vítima, que injustamente perde seu crédito na praça e ainda arca com a fama de "má pagadora".

Contudo, surge polêmica quando tal negativação indevida é efetuada em momento que o nome da vítima já consta em tais cadastros, por inscrição devida anterior. Ou seja, aquele que já tem o nome nos órgãos de restrição ao crédito, quando sofre posterior negativação indevida, sofre dano passível de reparação? Dada a polêmica que cerca o tema, passaremos a enfrentar a questão.

---

[6] BESSA, Leonardo Roscoe. O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito. São Paulo. Editora RT. 2003. P. 32/37.

2 O DANO MORAL CAUSADO PELA NEGATIVAÇÃO INDEVIDA

Ao apresentar seu conceito de "responsabilidade civil", o ilustre civilista português Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge[7] aduz ser "a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto ilícito, é obrigado a indemnizar o lesado dos prejuízos que causou", definição esta que muito se assemelha ao conteúdo do artigo 927 do Código Civil brasileiro.

Apresenta-se, assim, como o instrumento conferido pela ordem jurídica à pessoa que deseja obter a reparação de um dano sofrido, cabendo à lei definir as hipóteses em que isto será possível, bem como indicar quem será o responsável por promover tal reparação (que nem sempre será o causador direto do dano, como visto no artigo 932 do Código Civil).

A responsabilidade civil pode advir da causação de um dano patrimonial (material) ou de um dano não patrimonial (ou imaterial), assim distinguidos por Carlos Alberto Bittar[8]:

> Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive ou atua (o da reputação ou consideração social).

Vale notar que, quanto a estes últimos (danos não patrimoniais), passou-se a utilizar o rótulo "danos morais", consagrado pela doutrina e jurisprudência por estar assim consignado na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, embora não seja o mais adequado à espécie.

A respeito, confira-se a lição de Petrônio Bismarck Tenório de Barros, que salienta a impropriedade da expressão, e sua ligação aos direitos da personalidade[9]:

> Doctrinariamente el daño moral ha sido representado por expresiones que buscan relacionar su caracterización con el dolor, la tristeza y el sentimiento. Ahora, el daño moral extiende su tutela a todos los bienes personalísimos, los complejos de orden ética, razón por la cual se revela más apropiado denominarlo de daño inmaterial o no patrimonial. La expresión daño moral, aunque no sea técnicamente adecuada para

---

7 PESSOA JORGE, FERNANDO. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1999. P. 36.

8 BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 3ª Edição. São Paulo. Editora RT. 1998. P. 41.

9 BARROS, Petronio Bismarck Tenorio de. Daño moral a la persona juridica en el derecho brasileño. Cognitio Juris, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2011. Disponível em <http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/13 .html>. Acesso em 14 de outubro de 2013. Com citação à obra de Miguel Piedecasas.

> calificar todas las formas de perjuicio no fijables pecuniariamente, ha sido por demás acepta por la doctrina y jurisprudencia patria, aún porque constituye aquella que fue positivada.

Com efeito, é no campo dos danos morais que concentraremos o estudo da matéria aqui enfrentada – o dano causado à pessoa que tem seu nome inscrito indevidamente no rol de inadimplentes (bancos de dados mantidos por entidades como o SERASA, SPC, EQUIFAX, TRANSUNION, etc.).

Tratando-se de questão antiga e corriqueira, que gera inúmeras ações judiciais (o que é possível afirmar com segurança, mesmo inexistindo dados objetivos sobre a quantidade de demandas com esse objeto), é evidente que com o passar do tempo diversas polêmicas a ela relacionadas passaram a surgir, cabendo então ao Superior Tribunal de Justiça exercer a missão constitucional de uniformizar a jurisprudência a respeito.

Contudo, o pronunciamento dessa corte superior (que deu origem à súmula 385 STJ) não foi seguida da esperada pacificação da questão, mas sim no fortalecimento de um debate que parece encontrar mais críticos do que defensores ao posicionamento adotado pelo tribunal.

Para darmos continuidade à exploração do tema, mister se faz um análise prévia do “dano” (aqui constatado como elemento para configuração da obrigação de indenizar), e sua relação com os direitos da personalidade, que serve como fundamento para a reparação não patrimonial em questão.

2.1 O dano como pressuposto da responsabilidade civil

Para análise do dano (pressuposto), nos valemos do conceito dado pelo eminente professor M. J. de Almeida Costa, que o define como “toda ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica[10]”.

A qualificação do dano como pressuposto da responsabilidade civil é uma realidade há muito consolidada. Em nosso ordenamento vigente, ademais, sua presença é expressa-

---

10 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 6ª edição. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1994. P. 496.

mente exigida para configuração da responsabilidade civil, conforme consta da Constituição Federal (artigo 5º, X) e das codificações de maior incidência no campo obrigacional (artigos 186 e 927 do Código Civil vigente, e artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor).

Apenas com a intenção de ressaltar a indispensabilidade do dano na obrigação de reparação moral e material, vale citar o levantamento feito por Fernando Pessoa Jorge na doutrina clássica portuguesa, o qual identificou a presença do “dano ou prejuízo” em todas as tentativas de sistematização dos pressupostos da responsabilidade civil, por parte dos juristas daquele país[11].

O caráter imprescindível do dano é também destacado por Antunes Varela[12], ao afirmar que:

> ...para haver obrigação de indemnizar, é condição essencial que haja dano, que o facto ilícito culposo (ou, nos casos previstos na lei em que tal não é pressuposto) tenha causado um prejuízo a alguém (...) se o automobilista transgrediu as regras de trânsito, mas não atropelou ninguém nem danificou coisa alheia (...) não chega a pôr-se nenhum problema de responsabilidade. Esta surge apenas quando ao fato ilícito sobrevém um dano.

Contudo, cumpre destacar que nem todo dano é indenizável, ou seja, capaz de gerar responsabilização civil. Para que seja considerado ressarcível, é necessária a conjugação de alguns requisitos, cuja definição não encontra simetria na doutrina.

Para Antônio Jeová Santos[13] (que se ampara nas lições de Atílio Alterini), por exemplo, a configuração do dano ressarcível exige a presença de certeza, atualidade e subsistência. Preferimos, no entanto, adotar os requisitos indicados por Fernando Pessoa Jorge[14], para quem é necessária a conjugação de quatro requisitos: alienidade, certeza, mínimo de gravidade, e a causação pelo ato ilícito (nexo de causalidade).

A alienidade é a circunstância de que os prejuízos tenham sido suportados por pessoa alheia a seu causador (vedação de responsabilização civil pela autolesão) – requisito indicado pelo próprio professor como elementar e evidente.

A certeza se refere ao prejuízo concreto e existente, o que exclui o dano eventual, que pode não se efetivar. A certeza pode ser presente ou futura, dando-se esta última quando o

[11] Op. cit. P. 53/54.
[12] ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral. V. 1. 7ª edição. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1993. P. 591.
[13] SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 4ª edição. São Paulo. Editora RT. 2003. P. 76/78.
[14] Op. cit. P. 385/412.

prejuízo futuro decorre da fluência normal dos acontecimentos, como consequência natural do dano efetivo (é o caso dos lucros cessantes).

Vale aqui notar, quanto à certeza, que a “perda da chance” não exclui o requisito, conforme salienta Antônio Jeová Santos na obra acima referida. Trata-se, nesse caso excepcional (de estudo complexo, aqui apontado apenas para destacar a abrangência do requisito), de fato danoso que exclui o ganho muito provável, ou seja, aquele em que há boa dose de certeza na sua verificação (como no caso do jogador de futebol que se destacou em todas as categorias pré-profissionais, mas em vias de profissionalizar-se, já tendo recebido sondagens de clubes de renome para contratação, tem a perna amputada).

O requisito do mínimo de gravidade, por sua vez, está relacionado ao caráter lesivo do dano – se irrisório, não dá amparo a um pedido de reparação. Tal requisito, no ordenamento jurídico brasileiro, deriva também do princípio da boa-fé objetiva, como reflexo da eticidade que permeia o Código Civil vigente. Tratando de um requisito mais subjetivo, sua análise será casuística.

Por fim, exige-se para configuração do dano o nexo de causalidade, que é o liame entre o ato ilícito praticado pelo agente, e o dano que sobreveio. Adota-se, nesse caso, a teoria da causalidade adequada, de modo que, conforme fórmula elaborada pelo ilustre mestre (p. 411/412):

> A obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que, tendo resultado da lesão, provavelmente (ou seja, em termos de um juízo *ex post*) dela teriam resultado; ou, numa versão negativa: a obrigação de indemnizar não existe em relação aos danos que, tendo resultado da lesão, todavia, em termos de juízo de probabilidade, dela não resultariam.

Expostos os requisitos que tornam o dano ressarcível, sem os quais não é possível a pretensão reparatória, faremos uma breve exposição a respeito de sua prova, em específico no que se refere aos danos extrapatrimoniais.

Isso porque, uma vez que o dano extrapatrimonial não é passível de prova material, já que se encontra na esfera psicofísica da pessoa, cumpre à vítima demonstrar a ocorrência do fato lesivo (em regra um ato ilícito) e o nexo de causalidade deste com o dano, considerando-se a prova do dano como “prova *levior*” (aferida com menos rigor pelo juiz), como salienta Antônio Jeová Santos[15].

[15] Op. cit. P. 515.

E o mesmo prossegue:

> ...o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado *in re ipsa*. Acredita que ele existe porque houve a ocorrência do ato ilícito. Quando a vítima sofre um dano, que pela sua dimensão, é impossível ao homem comum não imaginar que o prejuízo aconteceu. (...) A consumação do ilícito que faz surgir fatos desta natureza, mostra o prejuízo, a prova é *in re ipsa*.

Caberia então à vítima apenas demonstrar a repercussão danosa causada pelo fato, salvo nos casos em que tal repercussão é presumida, ou *in re ipsa*, sendo o exemplo clássico de um dano moral a matéria objeto deste estudo – a inscrição indevida do nome da pessoa no rol de inadimplentes, cujos efeitos lesivos, tidos como evidentes (constrangimento, abalo de crédito, etc.), sequer precisam sem provados.

2.2 A natureza e a forma da reparação dos danos não patrimoniais

O dano moral é uma violação aos direitos da personalidade, conforme entendimento contemporâneo. Mas a definição da natureza da reparação dos danos não patrimoniais é (também) objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Como bem salientado por José Pedro Ferreira de Souza[16], a indicação dessa natureza está atrelada à aferição de qual é a função da responsabilidade civil na hipótese.

A respeito, Petrônio Bismarck Tenório de Barros discorre da seguinte forma sobre essa problemática no direito brasileiro[17]:

> Está sedimentado en la doctrina jurídica patria la comprensión de que tres son las corrientes que debaten la naturaleza jurídica de la reparación del daño moral. La primera defiende que la reparación del daño moral tiene naturaleza jurídica reparatoria o compensatoria. La segunda entiende que la reparación del daño moral es de naturaleza punitiva. La tercera, y última, afirma que la naturaleza jurídica principal es reparatória con un carácter disciplinador, para coibir nuevas lesiones.

As principais diferenças entre elas podem ser assim resumidas, conforme se extrai dos dois trabalhos mencionados nesse item – ao aduzir que a função é meramente reparatória, tem-se que a indenização por danos morais objetiva restituir ao ofendido o *status quo ante*,

[16] SOUSA, José Pedro Ferreira de. Danos não patrimoniais (dano morte). Revista do IPCB – Instituto Politécnico de Castelo Branco. Ano I, n.º 1. 2002. P. 119.
[17] Op. cit.

como se o dano não tivesse ocorrido; quanto à função punitiva, pretende-se tão somente punir aquele que praticou o ato ilícito, tenha deste ato resultado dano ou não; enquanto a função reparatória-disciplinadora teria como fundamento precípuo a reparação do dano, mas também um caráter pedagógico, ou seja, a condenação ao pagamento dos danos morais serviria também como um "freio" para que o causador do dano não repita as atitudes lesivas.

Como conclui o professor Petrônio de Barros, o sentimento jurídico dominante na maior parte da doutrina, e especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, aponta para acolhimento dessa última tendência, qual seja, a natureza jurídica da reparação do dano moral no Brasil é reparatória-disciplinadora (destaca-se o papel da Ministra Eliana Calmon como firme defensora da tese).

Quanto às formas de reparar esse dano extrapatrimonial, a doutrina em geral costuma classifica-las de diversas maneiras, dentre quais atribuímos maior relevância na diferenciação da reparação "*in natura*" da reparação pela "via indireta".

A reparação *in natura* é a reparação "tanto por tanto", aquela que seria capaz de reparar integralmente o dano causado, e por esse motivo deve ser tida como preferencial na ocasião de condenação do ofensor (em detrimento da via indireta, que é a pecuniária). Nesse sentido, é claro o magistério de Américo Luís Martins da Silva, "a reparação do dano moral deve ser, quando possível, satisfeita *in natura*. No caso desse tipo de reparação não ser possível, caberá a reparação através de compensação pecuniária[18]".

Ainda quanto às formas de reparação do dano, menciona-se a título de curiosidade o disposto na Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), que em seus artigos 16, II e 49, I, previam responsabilização civil e criminal pela divulgação de informações que pudessem gerar "desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer emprêsa, pessoa física ou jurídica". Referida lei, contudo, não mais se aplica, pois foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal como não recepcionada pela Constituição Federal vigente (ADPF 130).

2.3 A tutela dos direitos da personalidade

[18] SILVA, Américo Luis Martins da. O dano moral e sua reparação civil. São Paulo. Editora RT. 2002. P. 328.

Como já visto, a violação aos direitos da personalidade (capaz de gerar a obrigação de reparação do dano extrapatrimonial causado) é apurado "*ir re ipsa*", em função de sua gravidade, e da impossibilidade de demonstração material da ocorrência desse dano. Nesse sentido, é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

A conceituação dos direitos da personalidade, por sua vez, pode ser vista sob duas correntes opostas – a dos positivistas e a dos naturalistas.

Abordando o tema, Carlos Alberto Bittar[19] explica que a corrente positivista apresenta direitos subjetivos inatos e essenciais à pessoa humana, sendo que "apenas os reconhecidos pelo Estado, que lhes dá força jurídica" seriam direitos da personalidade. Já os naturalistas conceituam direitos da personalidade como aqueles que "existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerando em si e em suas manifestações".

Em seguida, ao filiar-se a corrente naturalista, conclui que não é possível limitar os direitos subjetivos, para depois tê-los como inerentes à pessoa humana. Como afirmado pelo ilustre professor na sequência:

> (...) em nosso entender, pois, os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).

No Brasil, tais direitos foram positivados tão só na Constituição Federal de 1988, ao declarar como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), considerado atualmente como supraprincípio do ordenamento jurídico.

No entanto, o Código Civil de 2002, assim como seu antecessor, não traz um direito geral de personalidade, no entender de Fábio Siebeneichler de Andrade. Essa situação resulta, no entender do autor, na excessiva invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, que estaria sendo banalizado na aplicação jurisprudencial[20]:

Na atualidade, há que saudar a circunstância de o ordenamento brasileiro contem-

---

[19] BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária. 1989. P. 6/10.

[20] ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. Revista de Derecho Privado, n.º 24. 2013. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2305362>. Acesso em 14/10/2013.

plar uma disciplina mínima acerca dos Direitos da Personalidade. Contudo, viu-se aqui que, na sua disciplina, o Código Civil de 2002 não atendeu a alguns objetivos essenciais: não regulou a matéria de forma mais abrangente, incluindo temas já discutidos na doutrina e jurisprudência; tampouco estabeleceu elementos mínimos de ponderação".

Nelson Rosenvald interpreta de outra forma. Para este, há sim uma cláusula geral de tutela à personalidade[21]:

> Em princípio, a sistemática do Código poderia ser qualificada como tímida, pois o legislador disciplinou os atributos da personalidade topicamente, de forma setorial, sem estabelecer uma disciplina mais completa. Contudo, a cláusula geral de tutela à personalidade (art. 12 do CC) permite um rico diálogo de fontes entre a Constituição Federal – por intermédio da dignidade da pessoa humana – e o Código Civil.

Quanto às suas características, são os direitos da personalidade absolutos (oponíveis *erga omnes*), vitalícios (são inerentes à pessoa desde o seu nascimento até a sua morte), extrapatrimoniais (não possuem conteúdo patrimonial aferível objetivamente), indisponíveis (o seu titular não pode negá-los, a princípio), impenhoráveis (não estão sujeitos à penhora), e imprescritíveis (não há prazo para seu exercício).

Ainda a respeito das características, o artigo 11 do Código Civil trata de maneira específica de duas delas (que decorrem da indisponibilidade) – a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que merecem exame mais aprofundado.

Estariam estas ligadas à ideia de que a ninguém cabe dispor dos direitos da personalidade, mesmo mediante consentimento. Isso porque a pessoa não poderia renunciar a um direito inato e inerente, ou mesmo transmitir sua titularidade a terceiros.

A princípio, isso indicaria que não cabe à pessoa, por exemplo, dispor de sua imagem e privacidade. Contudo, essa regra permite temperamentos, já que limitar a autonomia existencial da pessoa aos casos previstos em lei equivale a negar sua própria dignidade[22] (vide fenômenos como as redes sociais, e o programa de televisão *Big Brother*).

Na realidade, conforme arguição de Rafael da Silva Rocha, "cabe apenas ao sujeito decidir o que é melhor para si, podendo até restringir o exercício de um direito da personalidade ou consentir na sua lesão, se assim o desejar. Desse modo, ele exerce sua autonomia

---

[21] ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 2005. P. 30.

[22] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro, Editora Renovar. 2009. P. 187.

privada existencial[23]". Com isso, seria possível ao sujeito doar sangue ou órgãos, ou fazer uso de sua imagem para fins onerosos, como é o caso do *Big Brother* (desde que o faça temporariamente – é vedada a renúncia vitalícia de direito da personalidade[24]), mediante um consentimento válido.

As limitações, com isso, estão vinculadas à dignidade da pessoa humana. Poderia a autonomia da pessoa, dessa forma, avançar até onde não restar ferida a ordem pública, a moral e os bons costumes (ou nos casos de consentimento inválido e renúncia permanente dos direitos)[25].

Os direitos da personalidade são tutelados pelo ordenamento jurídico de modo amplo, cabendo aqui dar destaque ao inciso X do artigo 5º da Constituição Federal: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Dessa disposição, dá-se relevo especial à espécie de direito da personalidade que se refere ao objeto de nosso estudo, qual seja, o direito à honra, que é visto sob dois aspectos – a honra objetiva (que se refere à reputação do sujeito no ambiente em que está inserido) e a honra subjetiva (que é a autoestima, o sentimento de dignidade próprio da pessoa)[26].

Da dicção da Carta Magna, ademais, se extrai um das tutelas conferidas ao sujeito lesionado, que se refere ao direito de indenização, o que não exclui a possibilidade de invocação de outros tipos de tutela. Na arguta lição de Rosenvald[27], a tutela inibitória do artigo 12 do Código Civil dá azo à uma série de atitudes por parte do ofendido, que pode inclusive se valer do artigo 461 do Código de Processo Civil para sua efetivação.

Mister indicar, ainda, quanto à tutela penal, que o Código de Defesa do Consumidor tipifica as seguintes condutas: "Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros: Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa" e "Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata: Pena Detenção de um a seis meses ou multa".

---

23 ROCHA, Rafael da Silva. Autonomia privada e direitos da personalidade. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, V. 18, n.º 30. P. 145. 2011. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/ view/258>. Acesso em 14/10/2013.

24 Enunciado 4, do Conselho da Justiça Federal: "o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

25 ROCHA, Rafael da Silva. Op. cit.

26 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Op. cit. P. 125.

27 Op. cit. P. 30.

2.4 Dano moral e pessoa jurídica

A partir da vigência do Código Civil de 2002, restou inequívoco que as pessoas jurídicas são também titulares de direitos da personalidade. Isso porque referida lei trouxe em seu bojo, no artigo 52, a seguinte disposição: "aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade".

No entanto, conforme aduz Fábio Siebeneichler de Andrade[28], mesmo diante de tal disposição uma parte da doutrina resiste em reconhecer essa possibilidade, que seria uma contradição do Código Reale. Isso porque, na visão dos críticos, a lei estaria conferindo às pessoas jurídicas (um centro de imputações patrimoniais) uma proteção específica de direitos existenciais, que estariam ligados apenas às pessoas naturais.

Refutando tais críticas, o próprio afirma em seguida: "deve-se referir aqui, uma vez mais, a prevalência de uma concepção funcionalizante, no sentido de garantir à pessoa jurídica a tutela de determinados interesses prevalentes, vinculados ao seu núcleo de atividades como expressão de uma visão jurídica finalista. Esta foi a orientação do legislador, ao inserir no comando do artigo 52 um elemento de ponderação, contido na fórmula 'no que couber'".

A realidade é que, seja numa interpretação literal, ou mesmo numa interpretação sistemática, não há dúvidas de que o Código Civil de 2002 quis conferir à pessoa jurídica algumas das proteções conferidas à pessoa natural, vez que a primeira, de fato, é titular de direitos da personalidade.

Pela análise do cenário concorrencial atual, mesmo que superficialmente, se denota as diversas repercussões prejudiciais que podem derivar da ofensa à esfera não patrimonial de uma pessoa jurídica. Como exemplo, podemos aqui citar a falsificação de uma marca, ou mesmo a divulgação de informações falsas (para beneficiar ou prejudicar), que podem influenciar diretamente nos diversos mercados competitivos.

Ao aprofundar o tema, Petronio Bismarck Tenorio de Barros enumera os direitos da personalidade que a pessoa jurídica pode invocar, à luz do Código Civil vigente, a saber[29]:

> Es posible destacar aquellos posibles de defensa por la persona jurídica, tales como: honor, reputación, nombre, la imagen, la libertad, marca y símbolos (derecho a la identidad de la persona jurídica), propiedad intelectual, al secreto y al sigilo, privacidad, y así todos que, con el avance del derecho, se hagan necesarios a la protección

[28] Op. cit.
[29] Op. cit.

de los desdobramientos y desarrollo de la vida de las personas jurídicas.

E titularizando direitos da personalidade, a pessoa jurídica pode também sofrer dano moral. Outra não foi a conclusão alcançada pelo Superior Tribunal de Justiça, que há muito pacificou a questão com a edição da súmula 227, com o seguinte teor: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

2.5 A negativação indevida como causa do dano moral

À vista dos elementos conceituais acima elencados, é possível aferir que o dano moral causado por aquele que insere indevidamente o nome da pessoa nos órgãos de restrição ao crédito atinge direitos da personalidade (causação de dano à honra objetiva[30]), repercutindo de forma gravíssima na esfera pessoal da vítima perante seu meio social.

Com isso, surge a possibilidade do lesado valer-se das tutelas reservadas para sua proteção. Dentre tal sistema protetivo, o que se observa na prática é a proliferação de demandas judiciais objetivando a restituição da situação ao *status quo ante* (*in natura*), bem como a reparação pecuniária (via indireta), visto que a mera exclusão do nome do ofendido dos bancos de dados não seria capaz de reparar o dano sofrido pelo abalo de crédito.

É possível, outrossim, a invocação das tutelas inibitórias, que seriam aplicadas de forma preventiva, quando se percebe que o credor está em vias de efetivar a negativação de forma indevida (o que pode ser comprovado por meio da comunicação prévia que é exigida aos órgãos de restrição ao crédito – súmula 359 STJ).

Ademais, tal dano moral é *in re ipsa*, ou seja, o ofendido não precisa demonstrar que a negativação indevida lhe causou danos, vez que o dano aqui é presumido. Basta à vítima, que pode ser pessoa natural ou pessoa jurídica, demonstrar que a negativação de fato ocorreu, bem como que essa negativação é indevida.

---

30 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Op. cit. P. 126.

3 EXCEÇÃO DA PRÉ-NEGATIVAÇÃO DEVIDA E A SÚMULA 385 STJ

Com a exposição dos elementos conceituais, passa-se à análise concreta da súmula 385 STJ, o que será feito pelo contexto fático de sua edição, o estudo dos precedentes que a justificam, e principalmente pelo confronto entre as críticas que lhe são dirigidas com os argumentos explícitos e implícitos pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse contexto, vale destacar que serão observadas ainda críticas extraídas da análise de reclamações constitucionais dirigidas ao Superior Tribunal de Justiça, algumas delas já julgadas, e outras ainda pendentes de apreciação.

3.1 Conteúdo da súmula 385 e contexto da sua edição

A súmula 385 STJ foi elaborada com a seguinte dicção: “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. Referido enunciado decorre do posicionamento da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, lastreado em oito precedentes, e foi publicado no dia 27/05/2009.

O *leading case* que dá amparo ao entendimento sumulado é o REsp 1.062.336/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, proferido em sede de “recursos repetitivos” (543-C, do Código de Processo Civil). Vale aqui observar que foi apenas nesse julgamento, ocorrido em 10/12/2008, que pela primeira vez o Superior Tribunal de Justiça deu fundamentação jurídica mais detalhada à hipótese.

Conforme exposto pela relatora na ocasião, até a metade do ano de 2008 o Superior Tribunal de Justiça entendia, de forma majoritária, que a existência da pré-negativação não excluía o dano moral, constituindo apenas uma circunstância que minorava a quantificação dos danos morais. Foi a partir do voto do Ministro Ari Pargendler no REsp 1.002.985/RS, publicado em 27/08/2008, que o entendimento de que a pré-negativação excluía o dever de indenizar passou a ganhar força (apesar de não se tratar de posicionamento inédito).

Em seguida, à vista dos entendimentos divergentes da Corte, a relatora opinou que

deveria prevalecer a interpretação que melhor beneficia o consumidor, qual seja, a de que a pré-negativação apenas mitiga a condenação que deve ser imposta ao responsável pela negativação indevida. Com a ponderação de sempre, a relatora ilustrou ainda que a posição conflitante coloca o devedor com apenas uma negativação na mesma posição do devedor com várias inscrições desabonadoras, e afirmou que o ponto central da discussão não é a situação do negativado, e sim o ato ilícito cometido pelo credor que deu cabo à inscrição indevida.

Após o voto acima resumido, foi dada a palavra ao Ministro João Otávio de Noronha, que proferiu voto oral divergente, opinando pela inexistência de dano à vítima em caso de pré-negativação. Em suma, o mesmo argumentou que o dano causado pela inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito é a imputação de mau pagador àquele que não o é. Afirmou ainda que é comum devedores com inúmeras negativações suscitarem a ocorrência do dano moral e do “abalo de crédito”, mas que estes visam muitas vezes apenas a reparação pecuniária, sem sequer requerer a baixa da restrição. Assim, considerando a incidência do princípio da boa-fé objetiva, concluiu que não há dano a ser reparado nesses casos.

Em seguida, os Ministros Luis Felipe Salomão, Fernando Gonçalves, Carlos Fernando Mathias, e Aldir Passarinho Junior (este último salientou ainda a existência de votos seus nesse sentido desde o ano de 2005) acompanharam a divergência inaugurada pelo Ministro João Otávio de Noronha, encerrando o julgamento.

3.2 A exceção da pré-negativação

Pouco após o julgamento do *leading case* acima examinado, como visto, o Superior Tribunal de Justiça cumpriu sua função institucional de uniformização da jurisprudência e, com fundamento no artigo 122 do seu Regimento Interno, fez publicar a súmula 385 STJ, fixando a inexistência do dever de indenizar por parte do responsável pela negativação indevida.

A situação criada pela súmula 385 STJ deu origem, assim, à denominada “exceção da pré-negativação”, ora conceituada como a circunstância que exclui o dever de indenizar por parte daquele que inseriu ilicitamente o nome de outrem (pessoa física ou jurídica) em órgãos de restrição ao crédito, ante a impossibilidade fática de existência de dano ressarcível na

negativação realizada em momento que havia inscrição desabonadora válida.

Neste aspecto, importante observar que a exceção da pré-negativação incide apenas se, ao tempo da negativação indevida, já existiam anteriormente restrições devidas. Ou seja, a súmula não se aplica se as restrições que excluiriam o dano são posteriores, ou se essas outras negativações são ilegítimas.

A situação, contudo, parece não ter sido enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça com a abrangência desejada por parte da doutrina e dos órgãos de classes representativos dos consumidores. Talvez por uma insuficiente argumentação material por parte desse Tribunal, a súmula 385 STJ é alvo de severas críticas, como será visto no tópico seguinte.

4 CRÍTICAS DIRIGIDAS À SÚMULA 385 STJ

As manifestações contrárias ao conteúdo da súmula 385 STJ surgiram praticamente junto à sua edição. A análise dessas críticas será feita em três frentes diversas: a posição dos Tribunais de Justiça estaduais a respeito; as críticas extraídas da doutrina; e as críticas levadas ao Superior Tribunal de Justiça por meio de reclamações constitucionais, algumas delas já apreciadas, e outras ainda pendentes de julgamento.

4.1 Posição da jurisprudência nacional frente ao enunciado

A jurisprudência nacional, de forma amplamente majoritária, aplica a súmula 385 STJ diariamente, sendo possível afirmar que se trata de um dos enunciados mais invocados pelas Cortes de Justiça estaduais. Por força da clareza de sua disposição, em nossa pesquisa não se observou nenhuma aplicação equivocada de sua disposição, em situação que a mesma não pudesse incidir.

Contudo, é possível notar algumas divergências com o próprio teor do enunciado, por parte de julgadores que não concordam com a conclusão alcançada pelo Tribunal Superior. Para fins de ilustração, cumpre aqui observar as mais recentes divergências sob a ótica de

três Tribunais distintos: o de São Paulo, que é o maior em volume de julgamento; o do Rio Grande do Sul, considerado o berço do entendimento sumulado; e do próprio Superior Tribunal de Justiça, que inovou em sua interpretação.

No que tange ao Tribunal bandeirante, o paradigma indicado é a apelação n.º 0027182 -93.2010.8.26.0071, julgada em 25/09/2013, sob a relatoria do Desembargador Luis Mario Galbetti. Para referido magistrado, o liame entre a função pedagógica da responsabilidade civil, e a *ratio* da lei consumerista, tornam necessário afastar sua incidência:

> Não obstante o teor da Súmula invocada, a sua aplicação indiscriminada parece inadequada ao regime do Código de Defesa do Consumidor, e consistiria em uma excludente para o fornecedor que promove conduta irregular e inscreve indevidamente o nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes, o que não parece conveniente, ou prudente, pois a intenção é exatamente prestigiar a função pedagógica, profilática e intimidativa, na exata medida do que se conhece como teoria do desestímulo.

Ainda no TJ/SP, na apelação nº 0006943-34.2012.8.26.0286, a Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery concluiu também por afastar a incidência literal da súmula 385 STJ, aplicando a solução sugerida pela Ministra Nancy Andrighi em seu voto acima destacado – a pré-negativação apenas é capaz de minimizar a indenização, mas não de afastá-la.

Já no TJ/RS, de onde sobrevieram todos os recursos que deram origem à edição da Súmula 385 STJ, é ainda mais comum encontrar posições divergentes à súmula. No próprio voto proferido na apelação n.º 0042241-62.2012.8.21.7000, julgada em 24 de outubro de 2013, a Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout salienta que:

> Na esteira do entendimento esposado por expressiva jurisprudência desta Corte, ao qual aderi recentemente, a Súmula n. 385 do STJ não é aplicável nos casos em que preexistam inscrições desabonadoras em nome do consumidor, repercutindo tão somente no *quantum* da indenização.

Pode ser citado ainda, no mesmo sentido, os recursos de apelação autuados sob o n.º 70052948940 e 70050219567 perante esse mesmo Tribunal, ilustrando o crescimento do posicionamento na sempre inovadora Corte gaúcha.

Por fim, cumpre destacar recente posição do Superior Tribunal de Justiça, que não ataca a súmula de forma direta, mas aduz que a mesma se aplicaria, conforme ementado, apenas "às hipóteses em que a indenização é pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, que deixa de providenciar a notificação prevista no art. 43, § 2º, do CDC, antes de efetivar a anotação do nome do devedor no cadastro". Essa foi a conclusão do Ministro Raul Araújo no AgRg no REsp n.º 1.360.338/MG, em 16/05/2013 (julgamento unâ-

nime da Quarta Turma).

Quanto a este último, que corresponde a um entendimento isolado, entendemos tratar-se de uma "inovação interpretativa", que se encontra divorciada dos precedentes da súmula 385 STJ, e do próprio *leading case* acima analisado. Fato é que o julgado é expresso ao separar a análise de duas questões diversas (de um lado a necessidade de prévia notificação por parte dos órgãos de restrição ao crédito, para fins de gerar obrigação de indenizar; e de outro a questão da pré-negativação), de modo que esse julgado não tende a gerar maior repercussão.

Ou seja, há uma tímida, porém crescente, corrente jurisprudencial negando aplicação à súmula 385 STJ, mas ainda sem um argumento central. São posições por ora minoritárias, mas que demonstram algumas polêmicas na aplicação da súmula 385 STJ.

4.2 Críticas extraídas da doutrina

Numa síntese das críticas levantadas pela doutrina, serão levantados os apontamentos realizados por dois dos maiores críticos do enunciado – os consumeristas Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem.

Na visão de Cláudia Lima Marques[31], o entendimento esposado na súmula não está de acordo com o espírito do Código de Defesa do Consumidor, e "autoriza" que os fornecedores façam restrições financeiras sem receio de consequências, ignorando seu dever de manter regulares os cadastros de consumidores.

Nas palavras da autora:

> O foco do CDC é na regularidade do cadastro e pressupõe parece-me que mesmo o consumidor superendividado ou com os anteriores e preexistentes problemas de cadastro negativo tem honra (ou *quid*) e sofre dano moral (o *quantum* é que poderia ter sido diminuído), ou teria feito esta exceção. A Súmula ressalvou o direito de cancelar o erro do fornecedor, mas não trouxe qualquer incentivo para que os fornecedores cuidem com os 'registros irregulares' que fazem e denigrem a imagem do consumidor.

[31] MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3ª edição. São Paulo Editora RT. 2010. P. 833.

Em suma, pelo entendimento acima mencionado, a existência de pré-negativação não excluiria o dano extrapatrimonial causado pela negativação indevida, o que possibilitaria ao consumidor, mesmo que superendividado, exercer a pretensão indenizatória face ao ato ilícito praticado pelo responsável pela inscrição.

Por sua vez, Bruno Miragem[32] faz detalhada crítica a respeito, analisando a questão de maneira mais abrangente. Após analisar aspectos conceituais e a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, afirma este que:

> A crítica mais eloquente parece situar-se justamente na ausência de resposta do Direito ao ilícito, portanto no âmbito da efetividade da norma que assegura o direito à prévia notificação, mas que fica sem sanção. A exclusividade de cancelamento da inscrição indevidamente realizada não serve para desestimular, mas ao contrário, incentiva o comportamento ilícito, uma vez que não afasta o objetivo econômico pretendido pelo ofensor.

Afirma, assim, que a solução mais adequada seria a responsabilização civil do ofensor, ainda que de maneira mitigada, como modo de reparar o dano moral *in re ipsa* causado, e impor uma sanção àquele que pratica o ato ilícito.

4.3 Críticas levadas ao STJ via reclamação

À vista do conteúdo da súmula 385 STJ, separamos três reclamações[33] (duas delas já julgadas) apresentadas no Superior Tribunal de Justiça, que causaram grande expectativa naqueles que acompanham a polêmica em questão.

A primeira delas, Rcl 4028/DF, suscitou a inobservância da súmula por parte de Colégio Recursal, que teria ignorado sua disposição na ocasião de julgamento de recurso inominado. Afirma o reclamante estar presente hipótese de sua incidência, e que o colegiado silenciou a respeito mesmo após provocado por meio de Embargos de Declaração. Entretanto, a reclamação foi rejeitada pela Ministra Nancy Andrighi com fundamento processual.

Na segunda reclamação, autuada como Rcl 4574/MG, o debate se ateve à seguinte questão – se há apenas uma negativação devida anterior, deve subsistir a exceção da pré-nega-

---

[32] MIRAGEM, Bruno. Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral. Revista de Direito do Consumidor 81/334. São Paulo. Editora RT. 2012.

[33] Todas elas estão disponíveis no *site* do Superior Tribunal de Justiça (processo eletrônico): www.stj.jus.br.

tivação? A resposta, mais uma vez dada pela Ministra Nancy Andrighi, foi afirmativa: "da redação da súmula, portanto, extraem-se duas conclusões: a de que uma inscrição prévia legítima impede a indenização; e, a contrário senso, a de que uma inscrição prévia ilegítima não a impede".

Nessa mesma reclamação, o Ministro Aldir Passarinho Junior fez ainda o seguinte apontamento: "acompanho o voto, considerando que, no caso específico, a parte está discutindo as duas inscrições simultaneamente, a anterior e a atual. Daí por que realmente a hipótese está fora do caso da súmula, não sendo, portanto, cabível a reclamação na espécie". No mérito, contudo, a reclamação também não foi conhecida.

Na terceira (Rcl 5650/RJ), ainda pendente de julgamento, o reclamante se volta contra decisão de Turma Recursal do Rio de Janeiro, que mesmo diante do teor do enunciado, decidiu condena-lo em razão da negativação indevida por ele causada, face à "angústia vivida pelo consumidor". Tal reclamação funda-se na literalidade da súmula 385 STJ, considerando que o reclamante alega ter prova da pré-negativação do nome da reclamada.

Em relação a esta última, distribuída em 05/04/2011, o Ministro Vasco della Giustina admitiu seu processamento, estando pendente de julgamento. À vista das críticas dirigidas ao enunciado, aguarda-se seja o mérito dessa reclamação conhecido, para que o Superior Tribunal de Justiça finalmente apresente qual é o entendimento contemporâneo a respeito de sua súmula 385 STJ.

5 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DIRIGIDAS À SÚMULA 385 STJ

Como visto, os críticos da súmula 385 STJ apresentam uma série de argumentos pela antijuridicidade do enunciado, calcados em prismas diversos. Seja pela ótica consumerista, pela necessidade de responsabilização civil, ou mesmo numa visão existencialista, há de se apontar a pertinência e subsistência das arguições.

No entanto, cremos que o campo de discussão acima delineado merece ser expandido. Afinal, há também outros motivos que justificam a validade do enunciado, tanto que o mesmo vem sendo aplicado rotineiramente na jurisprudência nacional, que não encontra os óbices apontados na atuação prática majoritária.

O primeiro ponto a ser aqui destacado se refere ao preenchimento dos pressupostos para recebimento de indenização, por parte daquele que teve seu nome indevidamente inscrito nos órgãos de restrição ao crédito, após pré-negativação devida. Para tal aferição, torna-se necessário identificar especificamente a figura do dano.

E a questão é mais polêmica do que aparenta. Não há como negar que a negativação indevida gera uma ofensa à honra objetiva da pessoa, e com isso existe um dano. Afinal, se há violação a um direito reconhecido pelo ordenamento (honra), é incontestável a presença de um dano à pessoa atingida.

Contudo, a polêmica surge quando buscamos aferir se esse dano é ressarcível. Como visto, o dano ressarcível exige um mínimo de lesividade para que seja passível de gerar a obrigação do ofensor indeniza-lo, e a possível inexistência dessa lesividade também deve ser considerada.

Como ponderado pelo STJ, pode-se afirmar que o efeito da negativação indevida, quando existente a pré-negativação devida, não gera efeitos determinantes na honra objetiva da pessoa. Antes do ato ilícito praticado, a mesma já era vista perante o mercado como má-pagadora, e a nova negativação em nada altera essa realidade. A pessoa com uma única negativação parece encontrar a mesma dificuldade de obter crédito que uma pessoa com vinte apontamentos desabonadores, e sua posição social também não se altera.

Veja-se aqui que a súmula não afasta o direito da pessoa defender sua honra objetiva, visto que não nega o direito à exclusão do cadastro. O que a súmula nega, em nosso entender, é a existência de um dano passível de reparação pela via indireta (pecuniária). A mínima lesividade, apontada pelo STJ, autorizaria a reparação *in natura*, considerada suficiente nessa hipótese.

Com efeito, a maioria dos críticos defende a necessidade de uma responsabilização civil mitigada nesses casos, muitas vezes com a condenação do ofensor ao pagamento de quantias simbólicas, apenas para que o ato ilícito não fique sem "punição". Dessa posição, no entanto, é possível também extrair algumas ilações.

De início, observa-se que essa solução afasta-se das funções da responsabilidade. Condenar o responsável pelo ato ilícito por valores reduzidos ou simbólicos não gera efeito disciplinador, e não repararia corretamente o ofendido, caso se considere que ele sofreu um dano. Trata-se de solução "fácil" para o problema, mas que em nossa opinião é ineficaz.

A segunda é que os próprios críticos reconhecem que, se há dano, ele é de repercussão reduzida, o que poderia afastar seu caráter de "ressarcível" (exigência de um mínimo de lesividade). Com isso, se não há dano ressarcível, a imposição do ofensor ao pagamento de indenização quando inexistentes pressupostos para tanto causaria o enriquecimento ilícito por parte da vítima – estar-se-ia trocando uma ilegalidade por outra, apenas para apenar o responsável pela negativação.

Conforme exposto acima, não se deve atribuir à responsabilidade civil uma função tão somente punitiva, sancionadora. A respeito, Tenório de Barros[34] afirma: "se justifica que la reparación tenga carácter disciplinador que no debe ser confundido con punición, pues el juez que condena la reparación no pune, aún porque el pago indemnizatorio a título punitivo sería una afrenta al principio del enriquecimiento ilícito".

O que gostaríamos de adicionar à discussão é o seguinte ponto – será que a reparação por danos morais, tal como apontado pelos críticos, é a única e exclusiva solução para o caso concreto? O ordenamento jurídico, aliado à tutela dos direitos da personalidade, não permite uma outra resposta ao ato ilícito praticado?

Note-se que alguns, como exposto por Bruno Miragem, apontam que a principal crítica que deve ser feita à súmula 385 STJ é que a mesma estaria conferindo "carta branca" àqueles que rotineiramente praticam a negativação indevida, e afastaria a possibilidade de impor a estes uma sanção.

Mais uma vez entendemos que cabem "críticas à crítica". Como visto, e defendido especialmente por Nelson Rosenvald, ainda que timidamente o ordenamento jurídico nacional prevê a tutela geral dos direitos da personalidade, num diálogo de fontes que especialmente deriva do artigo 1º, III, da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana) e do artigo 12 do Código Civil (tutela inibitória).

O direito à exclusão do nome da pessoa do cadastro restritivo, consubstanciado na súmula em comento, não afasta a possibilidade de outras tutelas, que podem ser invocadas num caráter disciplinador, e com muito mais eficácia do que a condenação pela reparação extrapatrimonial. Nesse aspecto, destacamos aqui o cabimento das demandas coletivas à hipótese.

No artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, é atribuído ao Ministério Público a

[34] Op. cit.

defesa dos direitos individuais indisponíveis, enquanto o artigo 129 lhe confere funções diversas para defesa dos direitos difusos e coletivos (funções que foram dispostas de forma exemplificativa no dispositivo, pois havendo relevância social caberá a atuação do *parquet*[35]).

A respeito, confira-se a súmula 7 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo:

> O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos e garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana...).

Diante dessa proteção, entendemos viável a atuação do Ministério Público, que inclusive pode agir de ofício, para fiscalizar junto aos órgãos de proteção ao crédito quais são as empresas responsáveis por grandes quantidades de negativações indevidas (as instituições financeiras, por exemplo, seriam notórios alvos dessa investigação). Os controles do Conselho Nacional de Justiça poderiam auxiliar nesse sentido.

Identificados os maiores responsáveis, caberia ao órgão ministerial averiguar soluções para coibir a prática costumeira de desrespeito ao consumidor. Colocamos aqui como opções o ajuizamento de demanda de dano moral coletivo e a assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta, como medidas exemplificativas.

Vale notar ainda que o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor legitima diversas entidades para defesa desses mesmos direitos, de maneira coletiva, em observância a uma reconhecida tendência de coletivização dos direitos. Nesse sentido, caberia também às associações de defesa do consumidor a atuação junto ao órgão competente.

E mais. Nesse campo de soluções alternativas ao dano moral, mister ainda observar a dicção do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê sanções administrativas em caso de infração às suas normas. A aplicação desse dispositivo permitiria a aplicação de sanções não só às grandes responsáveis pelas negativações indevidas, como também àqueles fornecedores de menor porte.

Dentre as sanções previstas na lei, está disposto o cabimento de multa, suspensão temporária de atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, cassação de licença do estabelecimento ou de atividade, intervenção administrativa, etc., que num diálogo de fontes

[35] VASCONCELOS, Clever. Ministério Público na Constituição Federal. 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2013. 2ª Edição. P. 246.

seriam também aplicáveis como forma de responsabilizar o ofensor.

Com relação a sanção de multa (a ser aplicada por órgão administrativo, como o PROCON), aduz Vitor Morais de Andrade[36]:

> A penalidade mais comum imposta pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor é a pena de multa. Nos termos do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, a multa pode varia de 200 a 3.000.000 UFIR (aproximadamente R$ 200,00 a R$ 3.000.000,00) e tem como critérios estabelecidos para sua graduação: (a) gravidade da infração; (b) vantagem auferida; e (c) condição econômica do fornecedor.

Nesses casos, a imposição de sanções não encontraria obstáculo na súmula 385 do STJ, e as condenações dos ofensores pode resultar num efeito reparador-disciplinador muito mais eficaz, atendendo melhor ao interesse do consumidor.

A imposição de sanções mais concentradas acarretam em medidas mais efetivas, ou valores mais elevados, atingindo de forma mais significativa o responsável (evita-se a pulverização das condenações), e fortalecendo sobremaneira as entidades protetoras dos direitos do consumidor, ante o levantamento de valores ao fundo para sua proteção.

Ademais, dessa forma seria possível o controle mais pontual das sanções impostas. Se mesmo com tais sanções a conduta abusiva não cessar, o órgão responsável (diferentemente das ações individuais em geral, em que não é possível aos juízes fazerem liame entre as condenações) pela aplicação poderá ser mais brando ou mais rigoroso em ocasiões futuras.

6 CONCLUSÃO

À vista do exposto neste trabalho, concluímos que o contexto de edição da súmula 385 STJ indica a preocupação da Corte, frente às posições diversas existentes naquela ocasião, de indicar qual a melhor interpretação a ser feita no caso concreto, conferindo assim segurança jurídica aos jurisdicionados. Contudo, ao fazê-lo, a fundamentação que amparou o voto não fez constar elementos suficientes para sanar a controvérsia devidamente.

Com isso, abriu-se espaço para uma série de críticas, que consideram a conclusão do STJ contrária aos direitos existenciais, e prejudicial aos consumidores. O voto prevalecente

---

[36] ANDRADE, Vitor Morais de. Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo. Editora Atlas. 2008. P. 97/98.

foi proferido oralmente (de modo bastante simplório), o que pode ter levado alguns críticos a considerar que o Superior Tribunal de Justiça fez uma análise superficial da controvérsia.

As críticas, assim, são válidas e subsistentes, mas consideram que a única forma de punir o responsável pela negativação indevida é a sua responsabilização civil direta – deve arcar com a indenização frente à vítima mesmo que inexista dano, como se essa fosse a função da teoria da responsabilidade civil contemporânea. A solução proposta pelos críticos, assim, resultaria em uma ilegalidade – o enriquecimento ilícito, ao passo que sequer haveria uma punição adequada.

Isso porque, a nosso ver, parece inexistir dano ressarcível no caso da exceção de pré-negativação devida. Conforme abordado, entendemos que a negativação indevida não causa dano com "mínimo de relevância" quando a pessoa já se encontra negativada devidamente. Em tal situação, a mesma terá a mesma restrição ao crédito que tinha anteriormente à negativação, e sua estima social fica inalterada.

O que se propõe é uma análise mais abrangente do tema. Há sim outras formas de sancionar o responsável pelo ato ilícito, e até mesmo de maneiras mais eficazes do que a mera condenação ao pleito indenizatório nas ações individuais. O diálogo de fontes entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, e a Constituição permite a proteção da vítima e a aplicação de sanções ao responsável pela negativação indevida, não é preciso "inovar".

Com isso, entendemos que deve ser rechaçada a imposição da condenação por danos morais (no caso de negativação indevida com pré-negativação) como solução primordial e indispensável ao caso, que não estaria sendo aplicada pelo óbice do enunciado (o que constituiria, na visão dos críticos, uma injustiça).

Evidentemente, tal como na aplicação de outras súmulas dos Tribunais Superiores, a casuística pode apontar casos de mais difícil solução, que fugiriam ao âmbito de aplicação do entendimento. Contudo, em condições ordinárias, entendemos pela juridicidade do enunciado, que conforma as disposições expressas e implícitas do ordenamento jurídico nacional.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 6ª edição. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1994. P. 496.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual.** Revista de Derecho Privado, n.º 24. 2013. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2305362>. Acesso em 14/10/2013.

ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo. Editora Atlas. 2008. P. 97/98.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral. V. 1.** 7ª edição. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1993. P. 591.

BARROS, Petronio Bismarck Tenorio de. **Daño moral a la persona juridica en el derecho brasileño.** Cognitio Juris, João Pessoa, Ano I, n.º 2, 2011. Disponível em <http://www. cognitiojuris.com/artigos/02/13 .html>. Acesso em 14 de outubro de 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito.** São Paulo. Editora RT. 2003. P. 32/37.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária. 1989. P. 6/10.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª Edição. São Paulo. Editora RT. 1998. P. 41.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores. V. 18**. São Paulo. Editora RT. 2001. P. 41

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3ª edição.

São Paulo Editora RT. 2010. P. 833.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana.** Rio de Janeiro, Editora Renovar. 2009. P. 187.

MIRAGEM, Bruno. **Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral.** Revista de Direito do Consumidor 81/334. São Paulo. Editora RT. 2012.

PESSOA JORGE, Fernando. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1999. P. 36.

ROCHA, Rafael da Silva. **Autonomia privada e direitos da personalidade**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, V. 18, n.º 30. P. 145. 2011. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/258>. Acesso em 14/10/2013.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo. Editora Saraiva. 2005. P. 30.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável.** 4ª edição. São Paulo. Editora RT. 2003. P. 76/78.

SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. São Paulo. Editora RT. 2002. P. 328.

SOUSA, José Pedro Ferreira de. **Danos não patrimoniais (dano morte).** Revista do IPCB – Instituto Politécnico de Castelo Branco. Ano I, n.º 1. 2002. P. 119.

VASCONCELOS, Clever. **Ministério Público na Constituição Federal.** 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2013. 2ª Edição. P. 246.

ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Adriana Ferrari[1]

Flora Pereira Dorado de Oliveira[2]

Soraya Águida Brandão de Proença[3]

Orientadora: Profª. Ms. Rosiane Follador Rocha Egg[4]

RESUMO

Tendo em vista que as relações familiares sofreram significativas alterações ao longo dos anos, é importante que o Direito acompanhe essas modificações, na medida em que é através dele que as relações serão tuteladas. Isso inclui as uniões homoafetivas, as quais estão cada vez mais presentes na sociedade contemporânea.
Tão importante quanto tutelar essas uniões, é permitir a essas pessoas, a possibilidade de adotar, sendo que toda e qualquer decisão neste âmbito deve levar em consideração o princípio da dignidade humana, da não discriminação e do maior interesse da criança ou adolescente, olvidando-se dos preconceitos arraigados na sociedade e das conjecturas infundadas dos juízos homofóbicos.

Palavras-chaves
adoção; família; adoção homoparental; adoção por par homossexual; família homoafetiva;

RESUMEN

Considerando que las relaciones familiares sufrieron significativas modificaciones a lo largo de los años, es importante que el Derecho acompañe dichas alteraciones, en la medida en que es a través de éste que lãs relaciones son tuteladas. Esto incluye las uniones homoafectivas,

[1] Profissional da Área de Estética formada pelo Professional School Lady & Lord; Cursando o 5º Período de Direito nas Faculdades OPET; *adrianaferrarimt@hotmail.com*

[2] Profissional da Área de Gastronomia formada pelo SENAC/RO; Cursando o 5º Período de Direito nas Faculdades OPET; *floradorado@hotmail.com*

[3] Licenciada em Pedagogia UTP; Pós Graduada em Metodologia de Ensino de 1º e 2º Graus pelas Faculdades Integradas Espírita; Funcionária Pública Estadual Aposentada; Cursando o 5º Período de Direito nas Faculdades OPET; *sorayabrandao@brturbo.com.br*

[4] Mestre em Educação pela UTP, especialista em Direito Aplicado pela EMAP, professora de Direito de Família do curso de Direito das Faculdades OPET.

las que estáncada vez más presentes en la sociedad contemporánea.
Tan importante cuanto tutelar tales uniones, espermitir a esas personas, la posibilidad de adoptar. Toda y cualquier decisiónen éste ámbito debe considerar el principio de la dignidad humana, de la no discriminación y del mayor interés del niño o adolescente. Así como también,olvidar los preconceptos arraigados en la sociedad y las conjeturas infundadas de los juicios homofóbicos.

Palabras claves
adopción; familia; adopción homoparental; adopción por parhomosexual; familia homoafectiva.

1 INTRODUÇÃO

Busca-se no transcorrer deste artigo tratar de forma clara e simples, com muito respeito e sem discriminação ao próximo, aspectos sobre a adoção homoafetiva com embasamento jurídico na Constituição Federal, no Novo Código Civil/02, no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, bem como no entendimento jurisprudencial sobre o assunto, os projetos de leis relativos ao tema que estão tramitando no legislativo brasileiro, fazendo também um estudo comparado com o tratamento dado por outros países.

A adoção entre pessoas de mesmo sexo, acertadamente denominada de união homoafetiva por Maria Berenice Dias[5], é um dos temas mais polêmicos e de maior dificuldade de enfrentamento pelos nossos juízes singulares e tribunais pátrios.

A Constituição Federal de 1988, ao alterar a visão do casamento como sacramento reconheceu a pluralidade de constituição de famílias, equiparou os filhos adotivos aos naturais e eliminou a diferença entre os filhos havidos dentro ou fora da constância do casamento. Consagrou e erigiu a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como reconheceu e elucidou princípios democráticos e direitos humanos, como a igualdade, a não-discriminação e a liberdade.

Operou-se, portanto, um processo de mudança no conceito de família, necessitando esta ter sua definição reelaborada frente às transformações por que passou a sociedade. Neste contexto, o Estado passa a proteger todos os microssistemas sociais, indistintamente, cujas relações se baseiam em laços afetivos/volitivos, criadores dos enlaces familiares.

Em virtude das transformações sociais, o legislador através da Lei 12.010/09 veio

[5] Ex Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Advogada.

suprir uma lacuna no ordenamento brasileiro ao declarar no artigo 42, § 2º que "Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família".

Contudo, a adoção homoparental, ou seja, adoção por par homossexual é ainda, nos dias atuais, cercada de tabus e as opiniões a respeito do assunto divergem, devido ao preconceito enraizado na cultura brasileira e os movimentos religiosos com o intuito de coibir esse tipo de relação familiar.

É importante entender como ocorre o processo de adoção no Brasil diante do ordenamento atual, bem como as condições e formalidades a que deve se submeter o adotante. Passemos a examiná-las.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RAZÃO DAS CRIANÇAS VULNERÁVEIS

Ao se analisar o tamanho do país em que vivemos e o número de habitantes existentes, fazendo uma análise simplória da situação econômica das famílias e do poder de atuação do Estado perante uma parcela gigante da sociedade, que vivem em situação desprivilegiada em detrimento de uma minoria que detém o poder, se têm uma demonstração da desigualdade social no Brasil.

É neste contexto social que nos deparamos com um número relativamente alto de crianças abandonadas. Orfanatos e abrigos lotados de crianças e adolescentes, esperando o momento de ser inserido em um seio familiar seguro recebendo carinho e amor necessários ao seu desenvolvimento pleno. Sem deixar de mencionar as crianças e adolescentes que vivem na rua.

Conforme Maria Berenice Dias[6] (2011, p. 484):

> A lei de adoção 12.010/09, no seu primeiro dispositivo confessa que a intervenção do Estado é prioritariamente voltada à orientação, apoio, promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer. Somente em caso de absoluta impossibilidade, reconhecida por decisão judicial fundamentada, serão colocadas em família substituta, adoção, tutela ou guarda.

A família natural sem dúvidas sempre vai ser o local ideal para a criança ser

[6] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

criada com “amor e carinho”, mas sabemos que essa não é a realidade para muitas de nossas crianças.

O Estado tenta promover o bem estar social, contudo não consegue promover políticas sociais suficientes, para dar às crianças e aos adolescentes um ambiente digno, que substitua temporariamente o familiar, muito embora tenha previsão legal da família substituta.

Rossato, Lépore e Cunha[7] (2010, p. 161) ensinam que a “família substituta é aquela que se forma a partir da impossibilidade, mesmo que momentânea, de a criança ou adolescente permanecer junto à sua família natural”.

A família substituta pode ser provisória, em casos como o da Guarda, temporária como na Tutela, ou definitiva, como na Adoção. É a recomposição de uma família onde a criança ou adolescente passará a ser cuidado por uma família que o queira, inclusive estrangeira, desde que tenha autorização judicial para isto, ou por um parente do menor.

Atualmente as normas que regulamentam a colocação de crianças e adolescentes em lares de famílias substitutas no Brasil, estão inseridas na Lei nº 8.069/90 que dispõe sobre o ECA, com nova redação dada pela Lei 10.010/09.

O artigo 28 do ECA, em seu § 3º informa os critérios para a colocação em família substituta, devendo ser levado em conta o grau de parentesco, afinidade e afetividade do adotando com o adotante, no § 4º demonstra a preocupação em se manter os vínculos fraternais, determinando que irmãos não devam ser separados quando da colocação em família substituta.

Ainda, no § 5º do mesmo artigo determina que a precedência de colocação de criança ou adolescente deve ser por uma preparação gradativa, disponibilizando também acompanhamento posterior.

A guarda, uma das modalidades de colocação em família substituta, vem regularizada nos artigos 33 a 35 do ECA. Ensinam Rossato, Lépore e Cunha[8] (2010, p. 169) que a guarda se destina a regularizar a posse de fato, obrigando a “prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de

[7] ROSSATO, Luciano ALVES,; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado –** Lei nº 8.079/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

[8] ROSSATO, Luciano ALVES,; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado –** Lei nº 8.079/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

opor-se a terceiros, inclusive a seus pais". Bittencourt[9] assevera que a guarda de fato provém do ato de alguém tomar a seu cargo a criação e a educação do menor, sem a intervenção do juiz. O guardião possui as funções de um verdadeiro pai, excetuando-se apenas a atribuição do pátrio poder, assim, o menor é considerado legalmente dependente do seu defensor.

Ao se analisar a tutela (art. 36-38 do ECA) se conclui que a mesma é um poder conferido a uma pessoa capaz, cuja finalidade é a proteção e assistência a criança e/ou adolescente e administração aos seus bens. Diniz[10] conceitua a tutela como "um complexo de Direitos e Obrigações, conferidos pela lei, a um terceiro, para que proteja a pessoa de um menor, que não se ache sob o pátrio poder, e administre seus bens". Verifica-se através desse conceito, que o escopo da tutela é substituir o pátrio poder.

A adoção é a única forma de inserção da criança e/ou adolescente, de maneira definitiva, no seio de uma família substituta. Através da adoção a criança e/ou adolescente rompe com os vínculos anteriores e passa a ter todos os direitos e deveres de filho natural.

2.1 O valor jurídico do afeto na adoção a luz do ECA e da Constituição Federal de 1988

Nossa Constituição de 1988, em seu art. 227, declara comprometimento com os direitos da criança e do adolescente. É com fundamento em nossa Carta Magna que se criou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), para proteger e resguardar tais direitos.

O ECA consubstanciado no princípio da proteção integral à criança e ao adolescente considera seus destinatários como sujeitos de direito, contrariamente ao Código de Menores que os considerava como objetos de direito. Dessa forma, entre os diversos direitos elencados na Lei n.º 8.069/90, com nova redação dada pela Lei 10.010/09, dispõe que toda a criança ou adolescente tem o direito fundamental de ser criado no seio de uma família, seja esta natural ou substituta.

Entre as modalidades de colocação em família substituta, encontramos a adoção, medida de caráter excepcional, mas irrevogável, que atribui a condição de filho ao adotado, impondo-lhe todos os direitos e deveres inerentes à filiação.

---

[9] BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1981.

[10] DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 15ª ed. vol. V. São Paulo: Saraiva, 2000.

Explicam Gagliano e Pamplona Filho[11] (2011, p. 656-657) que a adoção é "um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica".

Gagliano e Pamplona Filho[12] (2011) ensinam que outrora a adoção era regulada pelo Código Civil brasileiro e pelo ECA e que esta duplicidade normativa se dava pela existência de uma adoção civil (para maiores de dezoito anos) e outra estatutária (para crianças e adolescentes), o que gerava grande insegurança jurídica.

Com o advento da Lei 12.010/09 a adoção passou a ser regulada pelo ECA, que conforme ensinam Gagliano e Pamplona Filho[13] (2011) passa a ter aplicação subsidiária no que concerne a adoção de maiores de dezoito anos..

Embora as normas estabelecidas no ECA visem sempre pela a proteção da criança e do adolescente, Dias[14] (2011) ressalta que a legislação brasileira vem burocratizando demais o processo de adoção, com a obsessão de esgotar os recursos de manutenção da criança e do adolescente no seio da família natural.

Dias[15] (2011, p. 497) explica que o ECA determina que:

> ...em cada comarca ou foro regional, haja um duplo cadastro: um de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas em adotar (ECA 50)[16]. Porém adverte, que existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista de preferência e não admitir, em hipótese nenhuma, a adoção por pessoas não inscritas.

Esta determinação dificulta a adoção por pessoas que não se encontram inscritas. A questão é muito bem explicada por Dias[17] (2011) quando diz que em algumas situações há o

[11] GAGLIANO, Paplo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil –** Direito de Família. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2011.

[12] GAGLIANO, Paplo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil –** Direito de Família. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2011.

[13] GAGLIANO, Paplo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil –** Direito de Família. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2011.

[14] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[15] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[16] ART. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

[17] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Este tipo de adoção é definida, pela doutrina pátria, como adoção *intuito personae*.

Nestes casos, a criança poderá ser adotada por aquele que a seqüência do cadastro determinar e não por quem acaba de ser inscrito ou se quer se inscreveu, muitas vezes por nunca ter imaginado que adotaria uma criança ou adolescente, mas que foi levado a querer adotar por circunstâncias inesperadas.

A lei 12.010/09 flexibilizou tal determinação do ECA ao alterar o art. 50, § 13 do referido diploma legal, melhorando o desenrolar do processo de adoção.

Dias (2011, p.483)[18] declara que “a verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado, mas é incrível como a sociedade ainda não vê a adoção como deve ser vista”.

A adoção ganha relevo significativo quando se depara com a força do estigma, ainda enfrentado por aqueles que optam por uma orientação sexual diferente da dos padrões mais verificados, ou seja, aqueles que vivem em união estável homoafetiva.

No tópico a seguir se deseja realizar uma reflexão sobre adoção por par homoafetivo, verificando o tratamento dado em outros países e, com maior enfoque, no Brasil.

3 ADOÇÃO HOMOPARENTAL

Conforme Souza[19] (2009) “entende-se por adoção homoparental aquela adoção requerida por duas pessoas do mesmo sexo que vivem em união estável homoafetiva, ou seja, é adoção por casais homossexuais.

Como adverte Dias[20] (2004) o mundo se divide em três blocos: Os liberais estão compostos pelos países nórdicos, onde a união homoafetiva já foi legalizada, a exemplo da Dinamarca, Noruega, Holanda que prevê o casamento, a adoção, entre outros direitos. Os conservadores compreendem aos mulçumanos, onde existe até a pena de morte para quem pratica

[18] Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[19] SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. **Que se entende por adoção homoparental?** Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1629607/que-se-entende-por-adocao-homoparental-aurea-maria-ferraz-de-sousa>. Acesso em 13/09/11.

[20] DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

essa relação. Os intermediários são os que compõem o maior bloco, aonde vem se discutindo acerca da relação homoafetiva, a exemplo do Brasil.

3.1 Países que reconhecem juridicamente a adoção homoativa

Na Holanda, preleciona Silva[21] (2009), em setembro de 2000 o Parlamento aprovou, por maioria absoluta, a Lei que permite a união entre homossexuais, incluindo o divórcio e a adoção de crianças e/ou adolescentes. O casal homoafetivo poderá optar entre a parceria registrada e o matrimônio, Caso deseje requerer a adoção conjunta deverá ser casado, com coabitação de no mínimo três anos, sendo-lhe facultado também a possibilidade de adoção individual.

Em 2002 na Noruega, ensina Barcellos[22] (2011), foi autorizada a adoção de crianças e/ou adolescentes, inclusive a dos filhos dos parceiros homoafetivos.

Em 2002 na Califórnia, conta Guerin[23] (2009), entrou em vigor a Lei que autoriza a adoção por par homoafetivo. A adoção é deferida tomando por base os interesses do adotando. A certidão de nascimento nesses casos será alterada, passando a constar como duas mães ou dois pais.

A Suíça, explica Silva[24] (2009), recentemente admitiu a adoção por pares homoafetivos, embora o Estado não autorize o casamento, mas somente o registro da união civil.

Vargas[25] (2006) relata que a Inglaterra, em 2005, permitiu o casamento entre pes-

[21] SILVA, Danielli Gomes Lamenha e. Direito à adoção de crianças e adolescentes por pares homossexuais. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14587/direito-a-adocao-de-criancas-e-adolescentes-por-pares-homossexuais>. Acesso em 07/09/11.

[22] BARCELLOS, Cid Pavão. **União homoafetiva** - *STF deve se debruçar sobre união homoafetiva. Disponível em* <http://www.conjur.com.br/2011-fev-04/supremo-tribunal-federal-debrucar-uniao-homoafetiva>. Acesso em 07/09/11.

[23] GUERIN, Camila Rocha. **Adoção e união homoafetiva.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=524>. Acesso em 07/09/11.

[24] SILVA, Danielli Gomes Lamenha e. Direito à adoção de crianças e adolescentes por pares homossexuais. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14587/direito-a-adocao-de-criancas-e-adolescentes-por-pares-homossexuais>. Acesso em 07/09/11.

[25] VARGAS, Fábio de Oliveira. **A proteção da união homossexual no direito internacional.** Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/10266/a-protecao-da-uniao-homossexual-no-direito-internacional>. Acesso em 07/09/11.

soas do mesmo sexo, embora, assim como ocorre na França, apenas os homossexuais solteiros podem adotar crianças e/ou adolescentes. Os casais não possuem esse direito.

O Uruguai, conforme se desprende notícia vinculada no site Consultor Jurídico[26], em setembro de 2009, tornou-se o primeiro país latino-americano a legalizar a adoção de crianças por casais homossexuais.

3.2 A adoção no Brasil por casal homoafetivo

A mais alta Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal – STF ao reconhecer, por unanimidade, em maio deste ano de 2011, a união estável entre casais do mesmo sexo, abre um precedente histórico que deve ser seguido pelas outras instâncias da Justiça e pela administração pública. O Ministro Marco Aurélio de Melo[27] disse que o Estado deve aplicar o mesmo tratamento dado as uniões estáveis heterossexuais, quanto às uniões homoafetivas. Não havendo motivo que justifiquem que esse direito não seja reconhecido, frisando que: “Toda pessoa tem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero”. Terminada a votação, relata Haidar (2011, p.1) os ministros destacaram que o Congresso Nacional deixe de ser omisso em relação ao tema e regule as relações que surgirão a partir da decisão do Supremo.

Ao tutelar a união homossexual como família, o STF procurou ponderar os princípios norteadores do atual Direito de Família, consubstanciados na Carta Magna, rechaçando valores ultrapassados, os quais se encontram em descompasso com a realidade contemporânea.

Desse modo, abre-se a possibilidade dos casais homoafetivos, que vivem em união estável, adotarem conjuntamente criança ou adolescente, atendendo ao melhor interesse daqueles que aguardam o momento de serem inseridos em uma família substituta.

---

[26] CONSULTOR JURÍDICO. Parlamento uruguaio aprova adoção por casais gays. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-10/parlamento-uruguaio-aprova-adocao-criancas-casais-gays> Acesso em 08/09/11.

[27] HAIDAR, Rodrigo. **A Quarta Família –** Supremo reconhece união estável homoafetiva. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva> Acesso em 13/09/11.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70031574833[28], decidiu acerca da possibilidade da adoção por casal homoafetivo, observando que essas uniões são consideradas como entidade familiar, mostrando que não há qualquer prejuízo à criança e adolescente de serem adotados por um casal do mesmo sexo.

Em seu voto o Desembargador André Luiz Planella Villarinho, explica que o "eventual preconceito que possa advir à criança, pelo fato de possuir duas mães em seu registro de nascimento, será, com certeza, infinitamente menos nocivo do que as agruras que experimentaria, caso viesse a crescer sem lar e sem família, na indiferença e isolamento de um abrigo para menores".

O Tribunal do Estado do Paraná[29] também já se manifestou no sentido de possibilitar a adoção por casais do mesmo sexo em seu Acórdão 529.976-1, tendo como relator o Desembargador D'Artgnan Serpa Sa, em decisão proferida em 2009, afirmando que as uniões homoafetivas são reconhecidas como entidade familiar merecendo tutela legal, não havendo, portanto, empecilho para a adoção por pares do mesmo sexo.

Atualmente, muitos de nossos tribunais pátrios vêm dispensando um tratamento digno e respeitoso ao que tange a adoção por casais homoafetivos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem-se que a adoção conjunta por par homoafetivo, quando reconhecida juridicamente, atende as necessidades emocionais daquele que aguarda ansioso a possibilidade de ser inserido em uma família, de modo a vir apresentar melhor desenvolvimento de suas potencialidades.

Possibilitar às crianças ou adolescentes o acesso a família é no entendimento de Matos[29] (2006, p. 89) "atender a diversos de seus direitos fundamentais, como educação, ali-

---

[28] JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?as_q=&tb=proc>. Acesso em 14/09/11.

[29] JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 14/09/11.

[29] MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Filiação e Homossexualidade –** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de família (IBDFAM) – Família e Dignidade Humana – Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

mentação qualificada, lazer e principalmente o afeto personalizado, especial zelo, o qual é fundamental para a sua constituição enquanto pessoa”.

Destarte, a falta de reconhecimento jurídico desse tipo de adoção, situação que já ocorre de fato, haja vista o grande número de casais homossexuais que na ânsia de adotar uma criança ou adolescente, optam por realizar a adoção individual. A adoção de fato obsta ao adotando – justamente aquele que deve estar tutelado de forma privilegiada - a fruição de direitos amplamente consagrados na Constituição Federal de 1988 e no ECA, tais como: pensão por morte daquele que juridicamente não possui laços com o adotando, pensão alimentícia no caso de separação de seus pais de fato, entre outros. Matos[30] (2006, p. 92) explica que “os eventuais efeitos jurídicos pretendidos não se operam automaticamente em razão da ausência de formalidade de um dos parceiros”.

Desta forma, o processo de adoção, atendidos os requisitos pré-estabelecidos pelo ECA, , a luz do § 2º do art. 42, deve ser permeado pelo princípio da isonomia, visando não somente coibir a discriminação de homossexuais ou de pares homoafetivos, mas principalmente atender ao superior interesse das crianças ou adolescentes a terem uma família.

Assim, defende-se aqui não apenas a inclusão da possibilidade da adoção ser realizada por par homoafetivo, mas sim a isonomia de tratamento ao casal homossexual que deseja participar do processo de adoção, pois não se pode em nome do preconceito, que permeia ainda nossa sociedade, privar crianças ou adolescentes do convívio de uma família.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Cid Pavão. **União homoafetiva** - *STF deve se debruçar sobre união*

[30] MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Filiação e Homossexualidade –** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de família (IBDFAM) – Família e Dignidade Humana – Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

homoafetiva. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-fev-04/supremo-tribunal-federal-debrucar-uniao-homoafetiva> Acesso em 07/09/11.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1981.

CONSULTOR JURÍDICO. Parlamento uruguaio aprova adoção por casais gays. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-10/parlamento-uruguaio-aprova-adocao-criancas-casais-gays> Acesso em 08/09/11.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 15ª ed. vol. V. São Paulo: Saraiva, 2000.

GAGLIANO, Paplo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil –** Direito de Família. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERIN, Camila Rocha. **Adoção e união homoafetiva.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=524>. Acesso em 07/09/11.

HAIDAR, Rodrigo. **A Quarta Família** – Supremo reconhece união estável homoafetiva. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva>. Acesso em 13/09/11.

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia Acesso em 14/09/11>.

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?as_q=&tb=proc> Acesso em 14/09/11.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Filiação e Homossexualidade –** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de família (IBDFAM) – Família e Dignidade Humana – Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

ROSSATO, Luciano ALVES,; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado –** Lei nº 8.079/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Danielli Gomes Lamenha e. Direito à adoção de crianças e adolescentes por pares homossexuais. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14587/direito-a-adocao-de-

criancas-e-adolescentes-por-pares-homossexuais Acesso em 07/09/11>.

SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. **Que se entende por adoção homoparental?** Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1629607/que-se-entende-por-adocao-homoparental-aurea-maria-ferraz-de-sousa>. Acesso em 13/09/11.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **A proteção da união homossexual no direito internacional.** Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/10266/a-protecao-da-uniao-homossexual-no-direito-internacional Acesso em 07/09/11>.

RICHTER, Mariana p.; PANZA, Luiz Osório Moraes. Justiça e Direito Nas Decisões Judiciais: Estudo de Caso de Adoção Unilateral Por Casal Homoafetivo. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

JUSTIÇA E DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS: ESTUDO DE CASO DE ADOÇÃO UNILATERAL POR CASAL HOMOAFETIVO*.

Mariana P. Richter[1]

Luiz Osório Moraes Panza[2]

> A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.
>
> **Eduardo Galeano.**

RESUMO

Este artigo trata da relação entre Justiça e Direito, utilizando, para isso, diferentes abordagens teóricas acerca dos temas em questão. O objetivo do artigo é responder à questão: Justiça e Direito são sinônimos? Para tanto, o método de pesquisa utilizado foi o da pesquisa bibliográfica, utilizando concepções teóricas de diferentes autores, e culminando com um estudo de caso para referendar o posicionamento adotado. Em que pese que o conceito de justiça não é algo pacífico na sociedade, buscou-se estabelecer a construção e a relação entre os elementos justiça e direito, os quais, podem influenciar, diretamente, na realidade social vivenciada e nas normas jurídicas existentes. Foram apresentadas diversas correntes que buscam estabelecer o que pode ou não ser considerado justo diante de diferentes situações fáticas, e qual o seu impacto no que tange ao mundo jurídico. Por fim, é defendida a linha teórica adotada no artigo com base nas construções teóricas feitas anteriormente, dando margem, apenas inicialmente, a um debate que se pode dizer, interminável.

Palavras-Chaves

justiça; direito; igualdade; decisões judiciais.

ABSTRACT

This article deals with the relation between Justice and Law, using for this , different theoretical approaches to the issues under consideration . The objective of this article is to answer the

---

* Esse trabalho foi desenvolvido devido à participação da acadêmica junto ao Núcleo de Iniciação Científica intitulado: Hermenêutica Judicial: a razoabilidade das decisões, das Faculdades Opet, coordenado pelo Prof. Luiz Osório Moraes Panza.

1 Acadêmica do 6º período do Curso de Direito das Faculdades Opet. E-mail: mariana_ssocial@yahoo.com.br.

2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor orientador do trabalho e responsável pelo Núcleo de Iniciação Científica em hermenêutica Judicial: a razoabilizadade das decisões. E-mail: luizpanza@yahoo.com.br

issue : are Justice and law synonymous? Thus, the research method used was the bibliographical research using theoretical concepts from different authors , and culminating with a case study to endorse the position taken . Despite the concept of justice is not something peaceful in the society, we sought to establish the construction and the relation between the elements justice and law, which can influence directly in the experienced social reality and the existing legal standards . Several theories that seek to establish what may or may not be considered righteous in different factual situations , and their impact in relation to the legal world were presented . Finally, it advocates the theoretical line adopted in the article based on the theoretical constructs previously made , giving rise only initially to a debate that can mean endless.

Key words

justice; law; equality; judicial decisions.

1 INTRODUÇÃO

Abordar o conceito de justiça não é tarefa das mais simples. Por vezes, ao tratar ou pensar no tema, diferentes concepções do que significa o termo “justiça” e qual o seu alcance, comparecem na história e nos pensamentos filosóficos. A tentativa, por vezes vã, de tentar acertar e delinear exatamente tal conceito gera uma série de angústias e, consequentemente, contradições. A justiça, que pode ensejar discussões intermináveis acerca de seu alcance e de sua importância histórica, serve não só para iluminar o caminho a ser escolhido ou traçado, bem como, para moldar traçados históricos – em que pese que o verbo “moldar” aqui, não se apresenta como elemento estanque e inflexível, mas apenas, como delineamento de uma história vivida. E é nesse ensejo, que a justiça e o Direito se coadunam, pensando em que medida, tal relação é imbricada e dependente.

Ou seja, seria possível remeter à discussão de que Justiça e Direito seriam sinônimos? Os dois termos apresentam correlações imbricadas de definição e aplicação prática? Neste sentido, o objetivo deste artigo é o de responder a pergunta: Justiça e Direito são sinônimos? Não há a intenção de esgotar o tema, apenas indicando suas nuances-, no que diz respeito à conceituação de Justiça e sua possível, provável ou improvável relação com a ciência do Direito, finalizando o trabalho com um estudo de caso.

A discussão a ser realizada entre os conceitos de Justiça e Direito, com maior enfoque na categoria analítica de justiça, será fundada com base em diferentes concepções teóri-

cas. A metodologia utilizada no artigo foi a de pesquisa bibliográfica, culminando com um estudo de caso para referendar o debate realizado.

2 O CONCEITO DE JUSTIÇA

A construção da justiça é elemento de debate teórico entre diferentes autores e pensadores. Talvez por sua relação mediata e imediata com a realidade cotidiana e prática advinda das relações sociais, talvez pela ânsia de definição do que, efetivamente, trata a tão falada e debatida justiça.

Por vezes, o conceito de justiça e direito são intimamente associados, prescrevendo que, toda ação oriunda do Direito deva ser baseada em princípios de justiça, ou com base em elementos de decisão justas. Porém, cabe a reflexão: “O que é justo?”, ou ainda, “O que é a justiça? Do que ela trata?”. A Justiça e o Direito realmente trabalham de forma relacionada e não podem ser desvinculadas?

Com o objetivo de reforçar a questão, cabe explanar o filósofo Aristóteles, a quem o tema da justiça – e do que poderia ou não ser considerado justo-, se pode atribuir à discussão em épocas remotas.

Na obra Ética à Nicômano, de autoria do filósofo Aristóteles (2010), ele dedica um de seus capítulos ao pensamento relativo à justiça e à injustiça e às quais tipos de ações elas podem ser relacionadas. O filósofo, ao tratar do que seria considerado justo ou injusto, afirma que a disposição para fazer o que é justo indica o desejo pelo justo e a desejar o que é justo e, analogamente, o que seria injusto seria vinculado ao desejo do que é injusto, fazendo com que as pessoas ajam injustamente.

Na perspectiva aristotélica, o “ser justo” guardava forte relação com a legalidade, com os preceitos previstos em lei; ou seja, considerava que o que estava previsto em lei poderia ser compreendido enquanto “justiça”. Essa relação não era despropositada: a justiça era relacionada à lei, pois, o papel precípuo da legislação seria o de garantir o bem comum, a felicidade de toda a sociedade.

Sendo a justiça considerada sob esse prisma, para Aristóteles (2010), ela era uma

virtude - a mais completa e do mais alto grau de abstração; enquanto que, na contramão, a injustiça era o vício, também por completo. Logicamente, se a justiça possuía toda essa possibilidade de garantir a virtude e de exercê-la, o seu oposto, só poderia ser considerado como o vício, tão nocivo na visão da injustiça. Ele diz: “[...] nesse sentido a justiça não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem seu contrário, a injustiça, é uma parte do vício, mas o vício inteiro.” (Aristóteles, 2010, p. 106).

Para o filósofo, a justiça apenas pode ser usada nas relações humanas regidas por lei; do que se depreende que, o que não está previsto legalmente, não pode se submeter ao crivo do que seria alvo dos conceitos de justiça ou injustiça. Ou seja:

> (...) a justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são regidas pela lei, e a lei existe para os homens entre os quais pode haver injustiça, pois a justiça legal é a discriminação entre o que é justo e injusto. (p. 116)

O filósofo trata ainda do equitativo e da justiça, dizendo ser aquele superior a esta; ou seja, o equitativo surge para “corrigir” as possíveis falhas da lei. A lei é pensada e criada para atender as demandas de forma universal, com o propósito de tentar abarcar todas as situações ali previstas. Porém, quando isso não ocorre – pois nem sempre a lei consegue atender aos anseios de casos particulares-, surge o equitativo. “A natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão de sua universalidade.” (Aristóteles, 2010, p. 125).

Por fim, para o filósofo, a justiça encontra-se estritamente vinculada à lei, considerando que o objetivo desta é traçar diretrizes para o bem comum de toda a sociedade. E, com base nesses primeiros apontamentos e questionamentos acerca da teoria da justiça, que, a seguir, são apresentadas, algumas “teorias de Justiça” abordadas por diferentes pensadores e com definições próprias.

3 A TEORIA DE JUSTIÇA PARA KELSEN E O PRINCÍPIO DO UTILITARISMO

Para Hans Kelsen, o elemento principal no debate diz respeito à intrínseca diferença entre os conceitos de Justiça e Direito. Em seu estudo, a questão trabalhada diz respeito à conduta humana, traçando um perfil histórico – comparativo entre o homem primitivo e o ho-

mem civilizado, tratando-se da reprovabilidade de conduta humana.

Desse modo, o autor aproxima a discussão quanto à diferença entre os conceitos de Direito e Justiça, afirmando:

> Direito e justiça são dois conceitos diferentes. O Direito, considerando como distinto da justiça, é o Direito positivo. É o conceito de Direito positivo que está em questão aqui; e uma ciência do Direito positivo deve ser claramente distinguida de uma filosofia da justiça. (Kelsen, ver ano, p. 08).

Ou seja, o debate acerca do Direito e da Justiça envereda por caminhos distintos, como que cada qual representasse ou possuísse uma função diferente nas relações sociais e nas decisões de ordem jurídica. As questões de fundo social, que ordenam as relações sociais, ou ainda, a "ordem social", como relata o autor, são baseadas em teoria de justiça e no que possa ser considerado justo. Já o Direito não pode responder se dadas legislações e decisões são justas, pois tais respostas não possuem o condão de serem verificadas cientificamente. Ainda com relação à ordem social, KELSEN (2000) coloca:

> O que realmente significa dizer que uma ordem social é justa? Significa que essa ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a sua felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social. (Kelsen, 2000, p. 09).

Com base nessa afirmação do autor, cumpre resgatar a teoria utilitarista. Essa teoria, como o próprio nome sugere, busca a "utilidade" das coisas, em prol do bem comum ou da felicidade geral da sociedade. Têm eu seu fundador Jeremy Bentham, sendo conceituada como: "Sua idéia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor." (Sandel, 2013, p. 48). Ou seja, a busca corrente pela felicidade ditava o bem comum, de acordo com a teoria utilitarista, bem como, conforme KELSEN (2000) ponderava em seu trabalho, quando dizia que a justiça estava relacionada à felicidade social.

Neste sentido, corrobora-se a com a concepção de justiça de forma coletiva, com base no bem comum. Na teoria utilitarista, não há espaço para pensar ou defender os direitos individuais, considerando que estes iriam contra a perspectiva utilitária da sociedade e/ou da comunidade de forma geral. Pois, ao referendar perspectivas individualistas, consequentemente, estas seriam priorizadas em detrimento do bem maior, que seria o bem comum. Neste ponto insurge o viés polêmico da teoria utilitarista: em benefício da sociedade de modo am-

plo, alguns sujeitos sociais poderiam ser "sacrificados" para que o bem - estar geral pudesse ser alcançado. Ou seja, nesta teoria, tudo se relaciona ao princípio da utilidade coletiva.

Com base nessa visão, SANDEL (2013) ao abordar um exemplo que envolve tortura a determinado sujeito que poderia colocar em risco a totalidade dos sujeitos, instiga:

> O argumento a favor da tortura nesse caso começa com um cálculo utilitarista. A tortura inflige dor ao suspeito, reduzindo muito a sua felicidade ou utilidade. Mas milhares de inocentes morrerão se a bomba explodir. Assim, você pode argumentar, nos termos do utilitarismo, que é moralmente justificável infligir dor intensa a uma pessoa se isso evitar a morte e sofrimento em grande escala. (Sandel, 2013, p. 52).

A teoria utilitarista possui como mote fundamental de sua justificação o bem comum, mesmo que, para atingir tal objetivo, um mal maior a determinado sujeito deva ser praticado. Nesse aspecto, pode-se dizer que há um lado racional – e não emotivo – em tal concepção de justiça, o que poderia – em tese – valer para determinadas decisões judiciais.

Cabe então, retomar a perspectiva de Kelsen em alguns outros posicionamentos que ele demonstra em seu trabalho, quando aborda as questões de ordem prática do direito e dos chamados julgamentos de valor.

As ordens sociais, os julgamentos de valor e a própria concepção sobre a justiça são exercidos e criados dentro de um contexto histórico e de dada realidade social. Ou seja, um sistema de valores é construído e elencado de acordo com elementos complexos diante de determinada realidade histórica. E, é com base nesses julgamentos que, por vezes, se constrói as bases para específicas determinações e decisões de âmbito jurídico, que estão relacionadas ao próprio conceito de justiça. Como foi dito: "Todo sistema de valores, em especial um sistema de moral com a sua ideia central de justiça, é um fenômeno social [...]" (Kelsen, 2000, p. 11). Ou seja, aqui se pode aferir o próprio risco das decisões, ao considerar que, apesar da concordância com os princípios e valores que regem um sistema, isso não representa, sobremaneira, que tais valores estejam corretos. Nesse ínterim é que KELSEN (2000) sugere o cuidado com as questões subjetivas que podem interferir nas decisões. Ou, como ele ainda menciona: "O critério de justiça, como o critério da verdade, não depende da frequência com que são feitos julgamentos sobre a realidade ou julgamentos de valor". (Kelsen, 2000, p. 12).

Neste quesito, o autor faz alusão às diferenciações entre o Direito Natural e o Direito Positivo, e sua relação com a justiça. No Direito Natural, a ordem jurídica positiva é reflexo da justiça natural, considerando que elas justificam o que é compreendido pelo homem

enquanto justo. Ou seja: “O Direito positivo é justificado apenas na medida em que corresponda ao Direito natural.” (Kelsen, 2000, p. 17). Assim, é notório que o Direito Natural – para seus defensores- regularia as relações jurídicas e estas só seriam compreendidas como justas, na medida em que representassem os primados do Direito Natural.

Para finalizar esse subitem, importa elucidar o questionamento de validade científica que o autor proporciona no que diz respeito à justiça. Para ele, a justiça é uma ideia irracional (KELSEN, 2013), já que ela não estaria sujeita à cognição racional, logo, não poderia ainda, ser objeto da ciência. Para suprir essa necessidade, há o Direito Positivo, que “Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determinados objetivamente. Essa ordem é o Direito Positivo. Somente isso pode ser objeto da ciência [...] Ela busca um Direito real e possível não o correto.” (Kelsen, ver ano, p. 19).

O que fica como elemento concreto de compreensão do proposto por Kelsen é que, o ideal e o conceito de justiça é intrinsicamente contrário ao vocábulo Direito. Este último é maior valorado para o autor, considerando que é o único portador de cientificidade, enquanto que aquele é ausente de debate científico, sendo ponderado por juízos de valor ou subjetividades.

A teoria utilitarista, neste contexto, busca a ordem social e a justiça com fundamento no bem comum coletivo, sendo que, se necessário, dados sujeitos em específica situação social podem responder ou “arcar” com as consequências do que seria “útil” à sociedade. Deste modo, o Direito regula as relações sociais de forma ordenada e positiva, sendo racional, enquanto que a justiça seria apenas um conceito filosófico a ser debatido mas, que, nem sempre, corresponde aos ditames jurídicos.

3.1 A teoria de justiça para Bobbio e a ideologua libertária

Na continuidade do debate acerca de justiça e Direito, outro autor que escreve sobre o tema é Norberto Bobbio, explicitando especificamente a questão da Teoria Geral do Direito. Deve-se então, relacionar seu debate aos pressupostos da ideologia libertária, fazendo o contraponto com o que diz o aludido autor.

BOBBIO (2010) inicia seu trabalho argumentando que a experiência jurídica é uma experiência normativa. O desenvolvimento da sociedade, suas orientações e conceitos podem ser construídos sob a forma de regras de conduta. Se assim o é, os homens são regidos por regras de conduta estabelecidas socialmente para uma convivência pacífica.

Diante de tais regras, estas podem ser expressas, escritas ou, numa melhor definição, normativas, chamadas de normas jurídicas. Porém, além dessas normas existem outras influências, como: “Além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, regras sociais, regras do costume, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras da boa educação e assim por diante”. (Bobbio, 2010, p. 17). Ou seja, a sociedade é formada por um complexo e uma mistura de normas, sejam elas escritas – normativas – ou sociais, estabelecidas por conveniência e costume.

O autor, ao tratar de teorias que explicam o direito, aborda a Teoria da Instituição, proposta por Santi Romano (1945) que sugere os três elementos essenciais em sua definição, quais sejam:

> [...] deve remeter-se ao conceito de sociedade. Isso em dois sentidos recíprocos [...] o que não sai da esfera puramente individual, o que não supera a vida do indivíduo como tal não é direito (*ubi ius ibi societas*) e, [...] não existe sociedade, no verdadeiro sentido da palavra, sem que nela se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi us*).
> [...] o conceito de direito deve conter a ideia de ordem social[...] Toda manifestação social, pelo simples fato de ser social, é ordenada ao menos em relação aos consócios...
> A ordem social posta pelo direito não é dada pela existência[...] de normas que disciplinam as relações sociais[...] Isso significa que, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, posição da própria sociedade em que se desenvolve, e que ele constitui como unidade, como ente distinto. (Bobbio, 2010, p. 20-21- grifos do autor).

Ou seja, nesta teoria, o que importa para a construção do conceito de Direito é: a sociedade, a ordem e a organização. À sociedade ordenada e organizada é que Romano chama de instituição. (BOBBIO, 2010). Para concluir a concepção de Romano, o autor menciona: “[...] pode-se perfeitamente admitir que o direito pressupõe a sociedade, ou seja, é o produto da vida social; mas não se pode admitir que toda sociedade é jurídica”. (Bobbio, 2010, p. 22).

Depreende-se dessa afirmação que, em toda sociedade, pela sua forma de organização, pelos costumes e regras de conduta, a partir disso o Direito pode se fazer presente; porém, independentemente desse fator, nem toda sociedade é jurídica, ou porque não dizer, normativa.

A teoria do Direito como instituição, rompe com a proposta do Direito a partir da teoria estatista de Estado, considerando como Direito apenas as relações estabelecidas no âmbito estatal, ou do Direito do Estado. É possível dizer que a teoria da Instituição é “uma reação ao estatismo”. (Bobbio, 2010, p. 23).

Para distinguir ainda, a teoria da Instituição com a teoria estatista, diz que:

> As definições de termos científicos são convencionais [...], o que significa que ninguém tem o monopólio da palavra ‘direito’, e que ela pode ser usada em sentido mais amplo ou mais restrito conforme a oportunidade, cujo único juiz é o próprio cientista. Quem afirma que é direito apenas o direito estatal usa a palavra ‘direito’ em sentido restrito. Quem considera, seguindo os institucionalistas, que é direito também aquele de uma associação para delinquir, usa o termo ‘direito’ em sentido mais amplo. [...] me parece mais oportuna a definição ampla, ou seja, a proposta pelos institucionalistas, pois, limitando o significado da palavra ‘direito’ às normas de conduta promulgadas pelo poder estatal, vai-se contra o uso linguístico geral que chama direito também o direito internacional e aquele da Igreja[...]. (Bobbio, 2010, p. 25).

O autor, defensor claro da teoria normativa, por vezes parece elucidar tais teorias como forma de fortalecer e solidificar a teoria normativa. BOBBIO (2010) defende que as relações só são jurídicas devido à existência das normas jurídicas que a orientam. Ou, na expressão do próprio autor: “[...] não diremos que uma norma é jurídica porque regula uma relação jurídica, mas sim que uma relação é jurídica por ser regulada por uma norma jurídica.” (Bobbio, 2010, p. 34). Denota-se, neste princípio, a prevalência da norma jurídica expressa na teoria do autor em questão.

Sendo assim, o autor se propõe ao estudo das regras de conduta, afirmando existir problemas que devam ser ponderados. Ao defender a teoria de uma norma jurídica de fundamentos sólidos, importa que tais normas estejam sempre sujeitas a três valorações distintas, as quais são independentes entre si. A tríplice ordem de problemas sugerida pelo autor é: 1) se ela é *justa* ou *injusta;* 2) se ela é *válida* ou *inválida;* 3) se ela é *eficaz* ou *ineficaz.*

E é neste ponto que, após trabalhar o conceito de Direito, Bobbio traz à reflexão a questão da justiça no ordenamento, ou melhor, nas normas jurídicas. Ao considerar que, as normas jurídicas podem – ou não- representar o conceito de justiça, ou quiçá, ser sinônimo de justiça nas suas decisões, considerar a tríade de problemas abarca a questão. Porém, considerando o tema em debate, será trabalhado apenas o primeiro problema da tríade, ou seja, se ela é justa ou injusta.

Como relata Bobbio:

> O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores

> últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico. [...] O problema de saber se uma norma é ou não justa é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquilo que deve ser; norma injusta é aquilo que não deveria ser. (Bobbio, 2010, p. 37- 38)

Logo, a partir dessa conceituação, refletir sobre o que de fato é ou não justo ultrapassa a questão de ordem prática. É necessário estabelecer conexões, analisar possibilidades e teorias de justiça que remetam ao princípio da Justiça. Afinal, quem decide se uma norma é ou não justa? Poderíamos dizer que a teoria escolhida, a que mais se adapta ao que o sujeito pensante acredita como correto sendo que, tal sujeito, também passou por uma série de orientações e costumes durante sua vida que o fizeram acreditar em dado critério ou concepção de justiça.

Já abordada anteriormente, a teoria utilitarista de justiça, na qual se prepondera o bem comum e a busca pela felicidade de todos na busca e na consolidação da justiça, em que pese que, em alguns casos, um pequeno grupo poderá ser isolado ou prejudicado em prol da coletividade.

Na esteira diretamente contrária a esse pensamento, está a teoria de justiça denominada libertária, proposta por Immanuel Kant. Ele afirma que “[...] a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade.[...] ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas.” (Sandel, 2013, p. 137). Para essa teoria, o respeito ao ser humano, ao direito individual suprimem qualquer alegação de coletividade ou de bem comum. O que deve ser feito diz respeito a respeitar diferenças e direitos humanos das pessoas envolvidas. Kant repudia o utilitarismo:

> [...]Ao basear direitos em um cálculo sobre o que produzirá a maior felicidade, argumenta ele, o utilitarismo deixa esses direitos vulneráveis. [...]O simples fato de a maioria, por maior que seja, concordar com uma determinada lei, ainda que com convicção, não faz com que ela seja uma lei justa. (Sandel, 2013, p. 138).

Ou seja, para Kant, o que importa é o motivo. Deve-se agir de forma justa, e cada cidadão tem direito a ter os seus direitos, independentemente do bem da coletividade ou da sociedade como um todo. Como ele relata: “[...] somos merecedores de respeito [...] porque somos seres racionais, capazes de pensar; somos também seres autônomos, capazes de agir e escolher livremente”. (Sandel, 2013, p. 139).

Na teoria libertária, a justiça é relacionada ao que deve ser feito, ao que é correto, com base no fundamento de que todas as pessoas possuem os seus direitos, de forma in-

equívoca.

3.3 A teoria de justiça para Rawls

Para finalizar as teorias de justiça que serão trabalhadas neste artigo, importa referenciar o que foi proposto por John Rawls. O autor se opõe, inicialmente, às teorias intuicionista e utilitarista, justificando sua oposição.

No que diz respeito à primeira, o autor menciona a falha mais peculiar dessa proposta, qual seja: “[...] a incapacidade de propor um sistema de regras capaz de hierarquizar nossas intuições [...] não nos oferece uma boa orientação para distinguir intuições corretas de incorretas.” (Gargarela, 2008, p. 03). Já, com relação ao utilitarismo, ele sugere que é contrário à teoria, já que é difícil considerar as preferências de cada um dos possíveis afetados, independentemente do conteúdo específico das reinvidicações particulares de cada um deles. Ou ainda, “ [...] a idéia de Rawls é que deveríamos rejeitar certo tipo de cálculos, que poderíamos considerar aceitáveis no nível pessoal, quando são passados por uma pluralidade de indivíduos.” (Gargarela, 2008, p. 07). Ou ainda, seria inaceitável impor sacrifícios às gerações presentes em prol de benefícios para as gerações futuras. (Gargarela, 2008, p. 07).

Sendo assim, a teoria de justiça proposta por John Rawls apresenta suas características específicas. Também conhecida como o contratualismo, Rawls menciona o “contrato hipotético”. Tal contrato significaria um acordo estabelecido no que diz respeito às condições e escolhas relativas à justiça, porém, tais escolhas seriam feitas em “condições ideais” de tal escolha. Ou seja, a opção por determinada escolha do que seria ou não considerado justo deveria ser realizada de forma “neutra", sem a interferência de interesses pessoais ou particulares por parte dos agentes que proporiam tal contrato à sociedade de forma geral. Esse contrato seria importante, pois: “[...] o contrato tem sentido fundamentalmente porque reflete nosso *status* moral igual, a ideia de que, de um ponto de vista moral, o destino de cada um tem a mesma importância – a ideia de que todos nos equivalemos.” (Gargarella, 2008, p. 18). Para referendar o contrato que orientaria as regras estabelecidas socialmente, têm-se que:

> A cada um deve ser assegurada a livre possibilidade de jogar, de contrair contratos dos mais diferentes tipos, sendo o seu resultado o fruto de sua habilidade, do acaso das circunstâncias e de sua perseverança. Nada lhe pode ser antecipado, a não ser

> que as leis e regras jurídicas assegurem o completo desenvolvimento de sua capacidade de escolha, sendo imparciais, não privilegiando a ninguém, contemplando a todos, em qualquer tempo, e, sobretudo, à luz do futuro, como pessoas. (Rosenfield, 2010, p. 118).

Com base nesse contrato, Rawls também defende determinados princípios de justiça, os quais deveriam ser aplicados à sociedade, em sua estrutura básica. Aponta, nesse sentido, o objeto primário de justiça, que seria:

> [...]a estrutura básica da sociedade ou, mais exatamente, o modo como as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais, e determinam a visão das vantagens provenientes da cooperação social." (Gargarella, 2008, p. 19)

No contratualismo de Rawls, além da importância do contrato para a sociedade e os princípios de justiça que os deveriam elencar, estão ainda presentes os agentes que deveriam optar por tais escolhas de justiça – porque não dizer diretrizes-, os quais deveriam estar submetidos ao "véu da ignorância". O véu da ignorância foi trabalhado por SANDEL (2013), conceituando:

> Ao fazer com que as pessoas ignorem sua posição na sociedade, suas forças e fraquezas, seus valores e objetivos, o véu de ignorância garante que ninguém possa obter vantagens, ainda que involuntariamente, valendo-se de uma posição favorável de barganha. (Sandel, 2013, p. 188).

Ainda no contrato hipotético, GARGARELLA (2008) menciona os "bens primários" que tais agentes devem escolher, sejam eles os de tipo social (distribuídos pelas instituições sociais como riqueza, oportunidades e direitos) e os de tipo natural, como os talentos, saúde, inteligência, entre outros.

E, consolidando a teoria de justiça para John Rawls, surge mencionar o princípio da diferença, que, pode-se dizer, seria a "motriz" de tal teoria de justiça. Com esse princípio, se propõe que: "[...] a superação de uma ideia de justiça distributiva, habitual em sociedades modernas, segundo a qual o que cada um obtém é justo se os benefícios ou posições em questão também forem acessíveis aos demais." (Gargarella, 2008, p. 25).

Justiça, na teoria de John Rawls seria sinônimo de contrato estabelecido por pessoas (agentes) não influenciadas ou manipuladas por seus próprios interesses, direcionados pelo "véu da ignorância" o que, a princípio, os possibilitaria escolher melhores opções e condições de vida mais justas a todos. Finaliza ainda, pontuando que o princípio da diferença

seria o justo, o que significa dizer que, apesar das diferenças pessoais presentes na sociedade, o que importa é que as condições propostas sejam acessíveis a todos; detendo eles, a capacidade de escolha.

4 METODOLOGIA

No contexto da pesquisa, os métodos são compreendidos como forma de atingir os objetivos esperados. Ou ainda, como “caminho para se chegar a determinado fim”. (Gil, 2008, p. 08). Desse modo, no que diz respeito ao tipo de pesquisa, trata-se de uma pesquisa bibliográfica,conceituada como: “ quando elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e atualmente com material disponibilizado pela internet.” (Silva; Menezes, 2001, p. 21).

Para referendar esse estudo, para além da pesquisa bibliográfica, o estudo de caso foi escolhido como opção interessante, pois “é aplicado com o objetivo de se compreender os diferentes fenômenos sociais, em que não há uma definição substancial sobre os limites entre o fenômeno e o contexto.” (Yin apud Santos, 2011, p. 01).

5 ESTUDO DE CASO: A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO UNILATERAL POR UM CASAL HOMOAFETIVO

Após o debate teórico acima efetuado no que tange à teoria de Justiça e ao Direito, verificando, de forma geral, que tais elementos não são sinônimos, cabe transportar tais elementos à realidade fática. Importa, porém, elucidar, que justiça e Direito, na concepção desta autora, são conceitos distintos, porém, estritamente relacionados. Não há que se falar de Direito – do direito normativo ou positivo-, sem refletir à teoria de Justiça que o molda e define, nas concepções sociais que o direcionam e nas consequências das decisões com base neste princípio normativo.

O caso em tela trata do Recurso Especial nº 1.281.093- SP, com o pedido de ado-

ção unilateral em caso de união homoafetiva. O nascimento da criança foi fruto de planejamento do casal homoafetivo, que já vivia em condição de união estável antes do referido nascimento. No entanto, o recurso provém do Ministério Público Estadual de São Paulo, apontando a impossibilidade jurídica de adoção de criança ou adolescente por pessoas do mesmo sexo. A argumentação jurídica do MP/SP que menciona como exemplo a afronta ao conteúdo dos artigos 226 da CF88 e art. 1723 do CC/2002, não encontra mais sustentação jurídica, após a ADI 4277/STF. Em que pese que nos dois presentes artigos são mencionados e reconhecidos como família a união entre "homem e mulher", a legislação infraconstitucional silenciou sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. No silêncio da lei, mas com fulcro nos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal equiparou os direitos das uniões estáveis homo e heteroafetivas.

Com a equiparação das uniões estáveis homoafetiva às heteroafetivas – por meio da ADI 4277-, não foi justificado e compreendido pelo STJ como inviável a adoção unilateral nesse modelo de relação familiar estabelecido, negando então, provimento ao RE. Em que pese todo o debate que se fez – e ainda se faz- no que tange à separação dos três poderes e da atuação do STF para além de sua atribuição originária – extrapolando seus limites-, tal norma se encontra pacificada pelo entendimento majoritário.

Deste modo, com base na incursão teórica acima realizada no que tange à justiça: o entendimento do STJ quanto à equiparação e igualdade para adoção unilateral por uma das pessoas do casal homoafetivo, é justo? Equiparar as duas relações familiares (união estável homoafetivo à heteroafetivas) é uma decisão justa? A decisão dos ministros do STJ é sinônimo de justiça? E o Direito, como pode ser vinculado à justiça nesse pormenor?

Estes questionamentos remetem à aplicação prática do conceito de justiça na realidade cotidiana da disciplina do Direito. É importa elucidar que, as decisões no âmbito jurídico devem acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade. Para tanto, acompanhar e compreender as novas concepções de famílias e formas de relacionamento aponta para elementos iniciais fundamentais para tratar da decisão acolhida.

A complexa questão entre justiça e direito se demonstra de forma latente no estudo de caso apresentado. As decisões jurídicas só podem ser realizadas com base no ordena-

mento jurídico pátrio, consoante o que dispõem as legislações infraconstitucionais e a Constituição Federal. Nesse ínterim, está-se diante do que seria o Direito. Porém, tais preceitos do ordenamento jurídico pátrio, demonstram a base teórica e filosófica com a qual tal ordenamento foi fundamentado. Na relação entre o que fundamentou filosoficamente o ordenamento jurídico pátrio e o que está posto como norma jurídica, há o conceito do que se entende por justiça no país. Isso não quer dizer que, as normas são justas, mas sim, que as normas foram feitas com fulcro no que se acreditou ser o justo – socialmente aceito. Ou seja, o Direito entendido como instrumento da justiça – mesmo que tal conceito de justiça no ordenamento pátrio não seja considerado de forma unânime.

Para, além disso, dentre as teorias de justiça apresentadas no trabalho, opta-se pela **teoria contratualista** de John Rawls, com aplicação no estudo de caso. O princípio da diferença proposta pela teoria fundamenta esse estudo de caso. Tal princípio afirma que, apesar das condições pessoais, o que importa é que as condições de acesso e escolha sejam oferecidas a todos da mesma maneira. E foi o que se identificou no caso em tela. Ao oferecer o mesmo direito garantista aos casais heteroafetivos agora aos casais homoafetivos, referenda-se tal princípio. Claramente, a teoria contratualista não se encontra desenvolvida de forma plena, já que os agentes sabem sua posição e os "benefícios ou malefícios" da decisão escolhida. Fato que também pode ser encontrado nas demais teorias de justiça, pois, como é sabido, as adequações e conquistas do proposto em teorias e doutrinas intelectuais detém um alcance de longo prazo para sua aplicação prática.

Porém, ao oferecer as mesmas condições, tratando de forma isonômica os sujeitos, transmuta a ideia de igualdade de acesso e de condições aos sujeitos sociais. Sendo assim, é possível afirmar que o direito pode aplicar a justiça, ou seja, o direito não é sinônimo da justiça, mas pode ser entendido como instrumento de aplicação justa. Como relata JUNIOR (2013): "[...] a justiça não é o sentimento que cada qual têm do seu próprio bem – estar ou felicidade, mas, se trata do reconhecimento de que cada qual deve respeitar o bem e a dignidade dos outros[...]" .(Junior, 2013, p. 210).

Ao oferecer uma resposta ao caso concreto, o STJ – por meio de seus agentes interlocutores-, acabou por direcionar uma orientação a ser adotada no caso em tela. Desse modo, urge a compreensão de que, as decisões judiciais adotadas cotidianamente, podem causar grande impacto social por meio de seus direcionamentos.

6 CONCLUSÃO

Tratar do tema e do conceito de Justiça não é tarefa fácil. Diferentes linhas teóricas surgem, seja a utilitarista, a libertária, o contratualismo, entre outras, tentando orientar o caminho a ser traçado ou qual opção de escolha a seguir quando se trata do tema.

Justiça, ao mesmo tempo em que parece vocábulo de fácil definição – pois cada cidadão tem a sua concepção-, é de uma complexidade intensa, pois orienta caminhos, confunde decisões e direciona opções – sejam teóricas ou políticas, mas, certamente, sociais. A estreita relação entre justiça e o consenso social, as relações sociais e as regras jurídicas que afetam sobremaneira o coletivo, influenciam sua conceituação. Mas, para além dessas reflexões, cabe aqui elucidar – mesmo que minimamente, ou quem sabe dizer incidentalmente- algumas reflexões quanto ao objetivo deste trabalho, qual seja: Justiça e Direito são efetivamente sinônimos?

Como já postulado anteriormente, em que pese que tais vocábulos não sejam sinônimos, eles apresentam relação imbricada e de forte vinculação. Não há que se falar em Justiça e Direito de forma estanque, compartimentalizada ou separada, como querem alguns teóricos, na ânsia de defender seu ponto de vista. Justiça e Direito constituem acepções teóricas importantes e direcionadoras de decisões a ser tomadas. Enquanto a Justiça representa como que, um "tratado teórico" acerca do que se encontra corroborado na sociedade de forma geral, o Direito (ideal) seria a expressão dessa justiça. É importante elucidar que está a se pensar em sociedades organizadas e regidas por ordenamento jurídico – seja ele expresso por normas jurídicas ou pelos costumes-, para que se faça essa análise da justiça enquanto elemento balizador do Direito.

A justiça seria – ou deveria ser- a base fundante do Direito, de suas aplicações e decisões. A organização judiciária, contando com seus órgãos de representação e de decisão perante os casos concretos, deve ser construída com base em princípios de justiça e igualdade perante os cidadãos. Já é de notório conhecimento a polêmica estabelecida no que tange ao conceito de justiça, mas, compreendendo que tal conceito deva ser discutido amplamente entre os envolvidos, igualando as oportunidades de escolha e possibilidades de participação, se-

ria mais democrático a definição de sua concepção. E, com base nessa concepção, aplicar-se-iam as regras de Direito correspondentes ao debatido amplamente em sociedade.

Alguns podem dizer que tal proposta seria utópica e impossível na realidade fática do cotidiano. Mas, não estaria aí, exatamente na utopia, a possibilidade de amadurecimento da proposta? Justiça e Direito devem caminhar juntos, como elementos de extrema relevância à construção de uma igualdade social.

É necessário que se compreenda que, no ordenamento jurídico brasileiro e tendo em vista sua estrutura jurídica – com tribunais superiores de decisão-, as decisões prolatadas diante do ordenamento jurídico influenciarão sobremaneira as relações sociais e o que será aceito como justo ou injusto perante a sociedade – mesmo que isso não implique em uma opinião majoritária.

Logo, a opinião teórica aqui defendida é que, justiça e direito devem caminhar juntos, na mesma direção, com o objetivo primordial de propiciar não apenas discussões acerca do que seria ou não considerado justo numa sociedade, mas, principalmente, enquanto possibilidade de construção de uma sociedade mais justa. Defende-se a teoria contratualista, em que as mesmas condições de acesso sejam oferecidas aos cidadãos. Ou seja, justiça entendida como princípio de igualdade de oportunidades e participação dos cidadãos na sociedade; e o Direito como forma objetiva (expressa) de consolidação do princípio do justo.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômano.** Trad. Torrieri Guimarães. 4 ª ed. São Paulo: ed. Martin Claret Ltda., 2010.

BOBBIO, N. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARGARELLA, R. **As teorias da Justiça depois de Rawls –** um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIL, A.C. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, G.S.; SARLET, I.W. (coord). **Constituição, Política e Cidadania-** em homenagem a Michel Temer. Porto Alegre: GIW, 2013.

ROSENFIELD, D.L. **Justiça, Democracia e Capitalismo.** 3ª. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SANDEL, M.J. **Justiça-** o que é fazer a coisa certa. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, F.M. Estudo de Caso como Ferramenta Metodológica. **In: Revista Meta: Avaliação. Vol. 03**. Nº 09. 2011. Disponível em: <http://metaavaliacao.cesgranrio.org.br/index.php/metaavaliacao/article/view/132/162>. acessado em 27/06/2013.

SILVA, E.L. da; MENEZES, E.M. **Metodologia da pesquisa e elaboração da dissertação.** 3ª. ed. rev. e atual. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001. Disponível em: ftp://ftp.unilins.edu.br/brenoortega/metodologia/metodologia_de_pesquisa.pdf, acesso em 30. 11. 2013.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões Sobre a Judicialização do Direito Fundamental à Saúde a Partir do Ativismo Judicial. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE A PARTIR DO ATIVISMO JUDICIAL

Heletícia Leão de Oliveira[1]

RESUMO

O presente artigo tem como objeto analisar o fenômeno do ativismo judicial refletindo sobre a judicialização do direito à saúde no Brasil. Para tanto será desenvolvida uma análise histórica do *judicial review* norte-americano que consiste na maior representação de ativismo judicial, discutindo a autorrestrição judicial (limite). Também será abordado os conceitos de ativismo judicial e da judicialização da política, apresentando suas diferenças. Serão tratadas as pespectivas do ativismo judicial no Brasil e as suas principais críticas. Reflete-se sobre o direito fundamental à saúde compreendido como um direito social que deve ser cumprido pelo Estado. Em caso de omissão ao cumprimento desse dever estatal, o caminho natural é que haja uma invocação jurídica desse direito, em determinada situação concreta. Por isso, no campo do direito à saúde, muitas vezes questões complexas são postas à apreciação do órgão judicante. Diante disso, são apresentados posicionamentos que versam sobre uma atuação mais criativa e ativa dos juízes, ou seja, a judicialização do direito à saúde. Por fim, são feitas considerações sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Palavras-chave
Constitucionalismo brasileiro; Jurisdição Constitucional; Ativismo Judicial; Direito Fundamental à Saúde; Judicialização da Saúde.

ABSTRACT

Why access to justice and the struggle for rights, including the fundamental right to health is increasingly towards the Judiciary? Therefore demands that were directed to the Legislative are presented now to the Judiciary in the expectation that it will provide certain services neglected by the Public Administration. This article aims at analyzing the phenomenon called “judicial activism” reflecting on the judicialization of the right to health. This essay starts by identifying the development of judicial review in North America that consists on the great representation of judicial activism. It discusses the concepts of judicial activism and the judicialization of politics, with their differences. It is also analyzes the perspectives of judicial acti-

[1]Advogada atuante em Direito Administrativo e Previdenciário. Mestranda em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil) na área de concentração “Direitos Fundamentais e Democracia”. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil (NupeConst). Pós-Graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Email: heleticia.oliveira@hotmail.com

vism in Brazil and their main criticisms. Furthermore, this essay discusses the fundamental right to health provided as a social right that must be satisfied by the State. Therefore, in the field of the right to health, the Judiciary often appreciates hard cases. Indeed, positions are presented that cover a more creative and active role of judges, to realize this fundamental right, namely judicialization of the right to health. Finally, we discuss the position of the Supreme Court on the subject.

Keywords
Brazilian Constitutionalism; Constitutional Jurisdiction; Judicial Activism; Fundamental Right to Health; Judicialization of Health Care.

1 INTRODUÇÃO

O *judicial review* norte-americano consiste no maior exemplo de ativismo judicial da história constitucional moderna e ele permite à jurisdição constitucional a definição material ou substantiva das cláusulas de conteúdo aberto presentes na Constituição.[2]

O desenvolvimento desse fenômeno priorizou os direitos previstos na Constituição;[3] mesmo que isso fosse contra a vontade majoritária do povo ou de seus representantes, defendeu minorias, realizou direitos sociais e tratou de políticas públicas.[4]

Ele teve início com a decisão de *Marbury versus Madison* (1803), na qual o juiz John Marshall entendeu que a Constituição é uma lei suprema e por isso os atos legislativos ordinários devem estar em conformidade com ela. Dessa forma, quando duas leis estão em conflito, a Corte deve obedecer à superior e aplicá-la. Assim, foi possível demarcar o poder da Suprema Corte de rever os atos legislativos estaduais e federais que fossem contrários à Constituição instaurando o marco do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moder-

---

[2] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*: Entre Constitucionalismo e Democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 113.

[3] Mister lembrar que a revolução americana se posicionou contra toda versão estadista de direitos e liberdades. Ela parte da necessidade de negar uma representação política não explicitamente querida, não diretamente instituída pelo povo soberano. Assim, essa revolução tende a desconfiar das virtudes de todo legislador confiando os direitos e liberdades à Constituição. Esta é a doutrina dos *rights*, da prioridade dos direitos sobre os poderes públicos. FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 83.

[4] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 85.

no.[5]

Um importante exemplo do ativismo judicial pode ser encontrado no caso *Roe versus Wade* (1973) em que a Corte reconheceu o direito à privacidade não previsto, expressamente, na Constituição como um direito fundamental adicional concluindo que a mulher teria direito à interrupção voluntária da gravidez.[6]

Nesse contexto, fica demonstrada a importância do papel criativo da Suprema Corte americana ao determinar valores para normas abstratas contidas em seu texto constitucional por meio de recursos à doutrina política.

A interpretação mais direta da prática constitucional norte-americana mostra que os juízes são dotados da autoridade interpretativa final e que eles devem compreender a Declaração de Direitos como uma Constituição de princípios morais.[7]

Ronald DWORKIN defende a leitura moral que consiste em um método particular de ler e executar uma Constituição política. Contudo, ela é incerta e controversa, por isso todo sistema de governo que incorpora esse princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los.[8]

No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte. Por isso, os críticos da leitura moral da Constituição[9] afirmam que ela dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais à sociedade transformando-os em reis-filósofos.[10]

Além disso, os juízes tem de considerar que fazem um trabalho em equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente, cuidando para que suas contribuições se harmonizem com todas as

---

[5] Ibidem, p. 90-96.

[6] Ibidem, p. 110-111.

[7] DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53.

[8] Ibidem, p. 2.

[9] “[...] coloca-se o sujeito politicamente mais irresponsável e imóvel a reformular as decisões político-valorativas adotadas pelo processo democrático: se a reflexão moral individual de um único juiz é considerada superior à discussão intersubjetiva, qual o sentido de se manter um procedimento para a tomada de decisões coletivas do tipo democrático? Portanto, a manutenção da Constituição não teria razão de ser porque o juízo moral de um único juiz seria sempre mais justo do que aquilo que é definido por normas constitucionais.” RAMOS, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 102.

[10] DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*…, p. 2-3 e 17.

outras.[11] Por isso, Ronald DWORKIN compara os juízes aos escritores que criam juntos um romance em cadeia (*chain novel*), no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história.[12]

Também deve haver respeito ao princípio da integridade que instrui os juízes[13] a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto que foram todos criados por um único autor, a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade[14].

Desse pensamento se infere que a democracia contemporânea expandiu os horizontes dos tribunais, conferindo-lhes outras atribuições jurisdicionais e institucionais antes inexistentes, sobretudo a revisão judicial de medidas adotadas pelos outros Poderes. Esse movimento é denominado de judicialização da política, e seu primado firmou-se na supremacia da Constituição, que urge ser respeitada[15].

Ran HIRSCHL trata da referida judicialização afirmando que ela aconteceu em mais de oitenta países e em várias entidades supranacionais, com a transferência de uma parcela significativa de poder das instituições representativas ao Judiciário[16].

Ele adota o termo “juristocracia” para identificar o movimento de judicialização da política e que, a partir desse novo modelo constitucional, deu poderes sem precedentes ao Poder Judiciário, transformando os tribunais em importantes órgãos de tomadas de decisões

---

[11] Ibidem, p. 15.

[12] Idem.

[13] Para expor a complexa estrutura da interpretação jurídica, Ronald DWORKIN utiliza um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, o juiz Hércules. Contudo, ele não imagina que todos os juízes tornem-se Hércules, pois a sua utilidade decorre do fato dele ser mais reflexivo e auto-consciente do que qualquer juiz. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 287 e 316.

[14] Ibidem, p. 271.

[15] VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *O Ativismo Judicial como Instrumento de Concreção dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito*: Uma Leitura à Luz do Pensamento de Ronald Dworkin. 255f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte, 2011, p. 53.

[16] HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy:* The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2007, p. 1.

políticas[17].

Outrossim, Luiz Werneck VIANNA afirma que o "boom da litigação" é um fenômeno mundial que encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, inclusive no sistema da representação:

> Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao *welfare*, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional.[18]

Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinhando-se da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *class actions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor.[19]

Ran HIRSCHL apresenta três categorias de judicialização: i) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; ii) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; iii) judicialização da política pura ou da macropolítica, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política.[20]

Posto isso, durante o século XIX, a *judicial review of legislation,* que era uma peculiaridade institucional norte-americana, passa por um processo de expansão global no limiar do século XXI, atingindo 158 países que contam com a previsão formal de algum instrumento

---

[17] Ibidem, p. 16.

[18] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização da Política. *Tempo social*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 40-41.

[19] Ibidem, p. 41.

[20] HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 723.

de jurisdição constitucional. Em regimes jurídicos romano-germânicos ou de *common law*, e mesmo em países que constituíam clássicos exemplos de supremacia parlamentar, como Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá e Israel, está se proliferando mecanismos de controle de constitucionalidade.[21]

Ademais, é mister ressaltar o conceito do termo "judicialização". Ele significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Logo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.[22]

A judicialização, no contexto brasileiro, é uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Assim, o Judiciário decide porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Logo, a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do Constituinte.[23]

Já o ativismo judicial traduz uma interpretação proativa e progressista do ideário constitucional, redimensionando o seu real sentido e seu verdadeiro alcance. Em regra, é invocado sobretudo em casos de inércia do Poder Legislativo, que provoca a desarmonia entre a classe política e a sociedade civil, fato que, historicamente tem impedido a solução efetiva de demandas sociais.[24]

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA afirma que a expansão do ativismo judicial amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade, que ganha uma nova arena, o Poder Judiciário, o qual assume papel protagonista na concretização

---

[21] BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 3.

[22] BARROSO, Luîs Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009 p. 73.

[23] Ibidem, p. 88.

[24] VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 16.

dos direitos fundamentais previstos na Constituição.[25]

Ainda, o oposto do ativismo é a autorrestrição ou auto-contenção judicial (*self restraint*), conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.[26] Essa doutrina objetiva limitar a atividade do Judiciário a questões estritamente jurídicas, não aceitando que esse poder se manifeste sobre questões políticas, para compatibilizar o *judicial review* com a democracia.[27]

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.[28]

Ela é adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes eleitos pelo povo. Eles protestam contrariamente à expansão da atuação do Judiciário, argumentando que o ativismo judicial viola a teoria da separação dos poderes.[29]

Por fim, a doutrina da auto-restrição judicial entende que o exercício do *judicial review* importa sempre em uma afronta à vontade da maioria representada no Parlamento.[30]

Feitas essas considerações, parte-se para a discussão acerca do ativismo judicial no contexto brasileiro.

---

[25] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 28/02/201, p. 86.

[26] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização*..., p. 77.

[27] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*..., p. 89.

[28] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 77.

[29] VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 76.

[30] MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 205 apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*..., p. 116.

2 AS PERSPECTIVAS PARA O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O Poder Judiciário brasileiro tem experimentado, após a Constituição de 1988, um expressivo processo de judicialização da política como resultado da constitucionalização dos direitos e das políticas públicas e também devido às mudanças nos papéis institucionais do Ministério Público.[31]

O controle judicial do processo de *impeachment* contra o Presidente da República, a mudança de partido por parlamentar, a compatibilidade entre as coligações partidárias, questões éticas complexas como o aborto de fetos anencéfalos e a pesquisa com células tronco são exemplos disso.[32]

Sobre esse último caso, destaca-se que a ação questionava a constitucionalidade da permissão de pesquisas com células tronco embrionárias, prevista na Lei de Biossegurança (ADIN n. 3510). Contudo, os ministros não se limitaram a analisar a constitucionalidade da lei, tendo alguns deles apresentado condições à sua constitucionalidade, que envolviam ações externas do Executivo, como o monitoramento do uso das células-tronco e a criação de órgãos responsáveis pela fiscalização dessas pesquisas. Por isso, afirma-se que os ministros do STF teriam agido como "legisladores" demonstrando que essas inclusões evidenciam um papel mais ativo que o esperado: a mera interpretação constitucional da lei e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sem impor qualquer condição.[33]

Assim, juízes e tribunais vêm abdicando de uma postura meramente técnica para assumirem uma função política dialogando com a sociedade e visando à defesa dos princípios

---

[31] ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil*. In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006, p. 233.

[32] BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit, p. 176.

[33] VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, Jun. 2009, p. 3.

e direitos fundamentais consagrados pelo Estado democrático.[34]

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA leciona que a experiência norte-americana deve ser tida como exemplo e adaptada ao caso brasileiro que, enquanto país periférico, não pode deixar de realizar seus direitos fundamentais porque tratam muitas vezes de questões políticas.[35]

Luís Roberto BARROSO indica como causas da judicialização no ordenamento jurídico pátrio: a redemocratização do país, inclusive com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário e aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira, a constitucionalização abrangente que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (abrangente, pois quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF).[36]

Nesse sentido, Rogério Bastos ARANTES entende que a redemocratização do país produziu forte impacto sobre o sistema de justiça, inclusive ao Poder Judiciário:

> De um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento. Por outro lado, a adoção de um Estado Democrático de Direito gerou a "necessidade de juízes e árbitros legítimos" virem a decidir sobre conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado.[37]

Comparando o Brasil às democracias contemporâneas, o referido doutrinador entende que o país passa pelas mesmas causas de judicialização da política de outros países. Ele afirma, em primeiro lugar, que a democracia política foi estabelecida na década de 1980, seguida pela aprovação de uma nova Constituição, em 1988, que definiu um catálogo extensivo de direitos. Além disso, um número cada vez maior de grupos exigem uma solução judicial para os conflitos sociais; o sistema político é caracterizado por frágeis coalisões de minoria que apoiam o Governo que está em gestão, enquanto a oposição usa o Judiciário para combater as políticas do Governo. Por fim, modelo constitucional delega ao Poder Judiciário e ao

---

[34] VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 52.

[35] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*..., p. 115.

[36] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização*..., p. 73-74.

[37] ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, fev. 1999, p. 1-2.

Ministério Público a tarefa de proteger os direitos e interesses individuais bem como a garantia de direitos coletivos e sociais.[38]

Destarte, atrofiados em meio a um emaranhado de questionamentos técnicos, éticos e morais, os Poderes de soberania se encontram descredenciados perante os cidadãos, que lançam então seu olhar de esperança sobre o terceiro tripé da República: O Poder Judiciário.[39]

Nesse contexto, nota-se o esforço dos Tribunais no sentido de tentar aplacar a crise instalada entre as três grandes arenas políticas do governo e minimizar as intensas violações daí decorrentes, que ameaçam os direitos e garantias fundamentais, sobretudo das minorias reconhecidas pelo Estado Democrático de Direito.[40]

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, o Poder Judiciário se tornou uma importante instituição política devido ao extremamente descentralizado sistema de revisão judicial, amplamente, acessível aos atores individuais, políticos e sociais.[41]

Nesse novo modelo jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal passou então a exercer o papel de "Guardião da Constituição" (art. 102 da Constituição Federal)[42] tendo consagrado também o controle de constitucionalidade (*power of judicial review*) herdado da Suprema Corte norte-americana.[43]

O Brasil possui um sistema híbrido de revisão judicial, ou seja, o controle de constitucionalidade é difuso e concentrado. Por causa da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), pela qual o Supremo Tribunal Federal pode, diretamente, anular ou ratificar uma lei, o STF pode ser considerado um tribunal constitucional. Por outro lado, o sistema não é totalmente central, pois o STF não detém o monopólio na declaração de inconstitucionalidade di-

---

[38] ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism*..., p. 231.

[39] VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 81.

[40] Idem.

[41] ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism*..., p. 232.

[42] "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:"

[43] VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 83.

vidindo essa autoridade com as cortes inferiores e os juízes brasileiros.[44]

Destaca-se, no campo da judicialização da política, o aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o Judiciário questionado e criticado por estar intervindo em esfera de políticas de saúde.[45]

Nesse sentido, Rogério Bastos ARANTES explica que a constitucionalização de políticas públicas é uma das principais forças a favor do fenômeno da judicialização da política no Brasil. Essa situação pode ser explicada pelo fato de que o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, é provocado, cada vez mais, devido a extensão da Constituição e a proposição de novas emendas.[46]

Luiz Werneck VIANNA afirma que as ADINS[47] já fazem parte do cenário natural da moderna democracia brasileira, afirmando, em sucessivos e diferentes governos, a sua presença institucional. Além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, a ação direta de inconstitucionalidade também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevalecente em países de configuração unitária.[48]

Ainda, o Ministério Público brasileiro está passando por um importante processo de reconstrução institucional, fator extremamente relavante ao estudo do ativismo judicial brasileiro. A associação desse órgão à normatização de direitos coletivos e à emergência de novos instrumentos processuais, tem resultado no alargamento do acesso à Justiça no Brasil e, em especial, na canalização de conflitos coletivos para o âmbito judicial.[49]

Por isso, o Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de di-

---

[44] ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism*..., p. 235-236.

[45] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis*..., p. 78.

[46] ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism*..., p. 233.

[47] Em dezessete anos, ou seja, de 1988 a 2005, das ADINS ajuizadas 60% do total versavam sobre matéria de administração pública, 12,6% trataram sobre Política Tributária e 11,6% trataram sobre Regulação da Sociedade Civil. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit., p. 43-44.

[48] Ibidem, p. 44.

[49] ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e Política*..., p. 1.

reitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de judicialização de conflitos políticos e, no sentido inverso, de politização do sistema judicial.[50]

Rogério Bastos ARANTES entende que o futuro do Poder Judiciário no Brasil depende do equilíbrio entre as dimensões política, funcional e "republicana" da reforma. Entretanto, o papel do Judiciário e suas funções na democracia brasileira continuam sendo problemáticas. Esse poder precisa equilibrar as duas tarefas de restringir o poder das maiorias políticas dominantes em nome da proteção das liberdades individuais, por meio de revisão judicial (função liberal) e apoiar as reivindicações igualitárias dos grupos sociais por meio de acesso coletivo à Justiça (função social). Tudo isso é um desafio constante para manter a independência do Judiciário na República Democrática.[51]

2.1 AS CRÍTICAS AO ATIVISMO: SEPARAÇÃO DOS PODERES E DÉFICIT DEMOCRÁTICO

O sistema *checks and balances*, adotado pela Constituição Federal de 1988, refere-se à técnica estadunidense do equilíbrio entre os poderes (*balance*).[52]

Maurizio FIORAVANTI afirma que toda Constituição está construída segundo o princípio dos pesos e contrapesos que objetiva que não exista um poder supremo, mas sim poderes autorizados pela Constituição e um equilíbrio entre eles.[53] Logo, Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para os quais a Constituição prevê uma série de atribuições reservadas, prevendo ao mesmo tempo, modos de controle de um sobre o outro.[54]

James MADISON também entende que os ramos Legislativo, Executivo e Judi-

[50] Idem.

[51] ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism*..., p. 256-257.

[52] FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos*..., 93.

[53] Ibidem, p. 92.

ciário devem ser separados e distintos.[55] Ele defende que a acumulação de todos os poderes nas mesmas mãos, quer de um, de poucos ou de muitos cidadãos, quer por hereditariedade, autonomeação ou eleição, pode com justiça ser considerada como caracterizando a tirania.[56]

O idealizador desse sistema foi John LOCKE, autor da obra “Dos Tratados sobre o Governo”.[57] Segundo ele, o detentor do poder de legislar não pode ser e nem deve dispor dos meios e recursos do governo, inclusive sobre o poder de coação sobre os indivíduos; e quem dispõe desse poder não pode ser, por sua vez, o titular do poder legislativo.[58]

O referido doutrinador foi o primeiro a formular a distinção entre o poder absoluto e moderado. O primeiro é exercido por um único sujeito, seja o rei ou a assembleia, detentor do Poder Legislativo e Executivo. Já no segundo, os poderes são distintos e pertencem a sujeitos diversos.[59]

MONTESQUIEU foi o responsável por defender e divulgar esse sistema através da discussão sobre a alternativa entre poder absoluto (despótico) e poder moderado, inclusive na obra “Espírito das Leis”.[60]

Ele trata do “poder que freia o poder” afirmando que todas as complexas relações entre o Legislativo e Executivo se estabelecem com a finalidade de recíproca limitação e não coparticipação.[61] Logo, o Legislativo pode e deve controlar a execução de uma lei, mas sem intrometer-se nos assuntos que competem ao Executivo; e esse segundo pode opor seu veto a

---

[54] Idem.

[55] HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista.* GAMA, Ricardo Rodrigues (trad.). 2.ed. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 301.

[56] Idem.

[57] LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. MARINS, Alex (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2011.

[58] FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: De la Antigüedad a Nuestros Dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 93.

[59] Idem.

[60] MONTESQUIEU. Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. FERREIRA, Roberto Leal (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2010.

[61] FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución...*, p. 97.

lei, mas apenas em sentido negativo, e sem que se configure uma verdadeira e própria participação do Executivo na formação da vontade legislativa.[62]

Em que pese a intervenção do Executivo no Legislativo, via medidas provisórias, a Teoria da Separação dos Poderes evoluiu de forma inusitada no Brasil, inclusive com o fortalecimento das competências do Judiciário e do Ministério Público no que se refere à chancela dos direitos coletivos e difusos, bem como no que é pertinente à defesa da ordem jurídica, da democracia e dos interesses sociais e individuais de caráter indisponível, tal como preceitua o art. 127[63] da Lei Maior.[64]

Corolário também das Constituições brasileiras, o controle jurídico tornou-se núcleo gravitacional da separação dos poderes, princípio este cristalizado no art. 2º da Constituição de 1988, que proclama: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".[65]

Mister destacar que nas Constituições democráticas, como a brasileira de 1988, se encontra a inviolabilidade dos direitos fundamentais que são tutelados mediante um controle de constitucionalidade (*judicial review*) contra sua possível violação por parte do legislador.[66]

Maurizio FIORAVANTI explica que vivemos em um Estado Constitucional no qual a lei continua ocupando um lugar relevante enquanto expressão do princípio democrático. Este Estado é caracterizado pela presença de muitos elementos, mesclados e imbricados, que já caracterizaram a existência do Estado moderno europeu em épocas distintas retomando a sua vocação pluralista e o papel protagonista da jurisdição.[67]

A questão que se coloca é a de saber se este tipo de atuação dos tribunais pode

---

[62] Ibidem, p. 98.

[63] "Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

[64] VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 49.

[65] Idem.

[66] FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución*. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: *El Estado Moderno en Europa:* Instituciones y Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 37.

[67] Ibidem, p. 28.

considerar-se juridicamente (constitucionalmente) legítima e, em última instância, a questão de saber se o mundo ganhará em ser governado pelos juízes.

Dessa forma, indaga-se se o ativismo judicial promove a democracia consagrando de forma mais efetiva os direitos fundamentais ou favorece o surgimento de uma juristocracia violadora das tutelas e garantias constitucionais.[68]

Assim, a viabilidade do ativismo judicial é questionada frente ao sistema da separação de poderes e de freios e contrapesos *(checks and balances*) adotados pela Constituição brasileira, princípios estes que sofrem com a letargia do Executivo e do Legislativo, emergindo daí uma postura proativa do Poder Judiciário.[69] Esse debate tem avançado em todas as instâncias, sempre imbricado na judicialização da política e na politização da justiça.[70]

Há doutrinadores[71] que se manifestam adversos ao ativismo judicial por compreendê-lo danoso à democracia entendendo que o juiz substitui o Executivo bem como o povo que não foi consultado na definição das prioridades das políticas públicas. Dessa forma: "[…] a verdade é que o povo elege (bem ou mal) os titulares dos cargos políticos, mas não elege os juízes; pode pedir contas e ajustar contas com os eleitos, mas não pode responsabilizar politicamente os juízes."[72]

Nesse sentido, Lênio Luiz STRECK apresenta uma postura crítica em relação a atuação ativista do Judiciário brasileiro, em defesa da Constituição e do direito democraticamente produzido.[73]

Luís Roberto BARROSO sintetiza que os riscos da judicialização e do ativismo

---

[68] VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 7.

[69] Idem.

[70] Ibidem, p. 7-8.

[71] MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito à Sério*: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial*: Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[72] NUNES, António José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. *Revista Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, p. 473-490, Jan.-Dez. 2011, p. 489.

[73] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica em Crise*: Uma Exploração Hermenêutica da Constitucionalização do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.[74]

Apesar das críticas que o Judiciário brasileiro vem sofrendo, no sentido de que está se imiscuindo em questões políticas, em ofensa ao princípio da separação dos poderes e, ainda, que por não ser um poder eleito pelo povo, não poderia interferir nessas questões, o que se verifica é que a transferência de decisão do Parlamento para o Judiciário decorre em virtude do fenômeno da judicialização da política.[75]

Por isso torna-se imprescindível que o Judiciário se situe com prudência e equilíbrio na equação: de um lado, a letargia que fere toda a estrutura moral e material do Executivo e do Legislativo, cujos resultados aviltam o paradigma do Estado democrático. De outro, a exigência dos cidadãos e segmentos sociais, no sentido de que o órgão jurisdicional supra e até mesmo repare os inúmeros danos e inadiáveis lacunas geradas pela referida inércia dos Poderes pares.[76]

No entendimento de Luís Roberto BARROSO o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.[77]

Outrossim, o protagonismo judicial é condição indispensável para a efetiva proteção dos direitos socias e para a estabilidade da democracia.[78]

Todavia, a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira, ou seja, a crise de representatividade, legitimidade e funci-

---

[74] BARROSO, Luîs Roberto. *Judicialização...*, p. 88.

[75] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, 8 (1), p. 59-86, jan-jun 2012, p. 79.

[76] VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 154.

[77] BARROSO, Luîs Roberto. *Judicialização...*, p. 88.

[78] CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais*: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, O Papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 150.

onalidade do Poder Legislativo.[79] Há a necessidade de uma reforma política e essa não pode ser feita por juízes.

Para Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, a atuação do Judiciário é legítima, na medida em que provocada por atores políticos, como também por estar legitimado no próprio documento constitucional. O grande desafio está em superar as barreiras colocadas à atuação do Judiciário pela tradição do *civil law*, que pretendia limitar a atuação do juiz no texto normativo.[80]

Ademais, em que pese a teoria da autorrestrição judicial, verifica-se que no contexto da Constituição Federal de 1988 a mesma não se sustenta, eis que a partir da Carta Magna deve se dar um novo papel ao Judiciário brasileiro, que passa a exercer um importante papel na realização dos direitos fundamentais. O princípio da separação dos poderes deve ser analisado a partir da Constituição, com a ideia de controles recíprocos entres os poderes e não mais a ideia de separação rígida entre os mesmos.[81]

Conforme demonstrado, a doutrina pátria vem aderindo expressivamente ao ativismo judicial, partindo sempre do princípio de que ele consiste num instrumento eficaz de concreção da dignidade da pessoa humana, cidadania, justiça e democracia.

Entretanto, existem temores de que se erija um "governo de toga" ou uma "juristocracia" decorrente de uma falsa interpretação normativa.[82]

Enfim, deve-se atentar para o irrefutável fato de que cabe ao Poder Judiciário o dever de incorporar uma nova roupagem. Nesse contexto, é necessário que ele dialogue mais frequentemente com a política, dado que lhe compete, aliado ao Legislativo e ao Executivo, proporcionar um caráter de efetividade aos preceitos constitucionais, conferindo-lhes um efeito imediato e não meramente programático.[83]

---

[79] BARROSO, Luîs Roberto. *Judicialização*..., p. 90.

[80] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis*..., p. 86.

[81] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização*..., p. 79.

[82] VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 58.

[83] Ibidem, p. 160.

Admirado por uns, rejeitado por outros, o ativismo vem se tornando o marco de um Judiciário democrático, que ao mesmo tempo mantém seus sentinela atentos à preservação do respeito e equilíbrio entre os Poderes do Estado.[84]

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde é um direito fundamental social, já que previsto no rol do art. 6° da Lei Maior,[85] no Título II intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Seu objetivo é a melhoria de vida das vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política.[86]

Trata-se de um direito subjetivo que outorga ao seu titular a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados e que se constitui como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, formando a base de um Estado de Direito Democrático.[87]

A garantia dos direitos fundamentais sociais reflete, para o campo jurídico, o ideal de uma sociedade justa e igualitária, que impõe ao Estado não só o dever de abstenção, de uma maneira a assegurar a autonomia privada na esfera de proteção dos direitos liberdades in-

---

[84] Ibidem, p. 214.

[85] “Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

[86] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Definição e Características dos Direitos Fundamentais.* In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009, p. 118-135.

[87] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

dividuais, mas também a proporcionar o acesso a todos a condições de uma vida digna.[88]

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Estado tem à responsabilidade de promover o acesso universal da saúde, sendo um direito destinado a brasileiros e estrangeiros (art. 5º, CF),[89] que assim necessitarem, podendo utilizar os serviços de saúde de forma gratuita, a fim de promover o seu direito.

É no art. 196[90] que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional. O referido dispositivo legal constitui-se como norma de cunho impositivo de deveres e tarefas, pois enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado impondo aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara como: promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera.[91]

Logo, o direito à saúde exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia, efetividade da saúde, sob pena de ineficácia de tal direito fundamental.[92] Esses direitos se vinculam a ideia de que é incumbência do Estado disponibilizar os meios materiais e o implemento das condições fáticas aptas a possibilitarem o exercício das liberdades.[93]

Dessa forma, surgem diversos deveres estatais, tais como: a construção de hospi-

---

[88] SCHIER Adriana da Costa Ricardo. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e Interesse Público*: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 391.

[89] “Art. 5°: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

[90] “Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

[91] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 577.

[92] FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. *Direitos Fundamentais*: Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 70-71.

[93] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 195.

tais públicos, manutenção de condições dignas de atendimento nos postos de saúde e o fornecimento de medicamentos àqueles que não podem aceder a eles por seus próprios meios.[94]

Para José Carlos Vieira de ANDRADE os direitos fundamentais sociais não são apenas proclamatórios, pois têm força jurídica e vinculam efetivamente os poderes públicos, impondo-lhes autênticos deveres de legislação.[95]

Clèmerson Merlin CLÈVE corrobora esse entendimento e afirma que os referidos direitos não são meras normas programa e, por isso, devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e à plena efetividade dos comandos constitucionais.[96]

Portanto, a Constituição de 1988 determinou ao Estado que "descruzasse os braços" e atuasse concretamente na realidade social, fomentando, provendo, garantindo.[97]

Nesse sentido, Maurizio FIORAVANTI trata de um constitucionalismo que pretenda promover os direitos e não apenas reconhecê-los e garanti-los.[98] Por isso, ele afirma que os direitos sociais pressupõem uma guia ativa para seu desenvolvimento comum em todos os poderes do Estado e não apenas garantias de ordem jurisdicional.[99]

Contudo, indaga-se: Por que o acesso à Justiça e a luta por direitos se orienta, crescentemente, em direção ao Judiciário? Demandas que antes eram dirigidas ao Legislativo, são apresentadas, agora, ao Judiciário, na expectativa de que ele venha a suprir determinados

---

[94] PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde*: Regime Jurídico-Constitucional, Políticas Públicas e Controle Judicial. 270 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 15/03/2013, p. 37.

[95] ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 387.

[96] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Crítica Jurídica*, Curitiba, v. 22, 2003, p. 19.

[97] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. 390 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006, p. 13.

[98] FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos*..., p. 95.

[99] Idem.

serviços negligenciados pela Administração Pública.[100]

Se o cumprimento do dever estatal de promoção à saúde é negligenciado, o caminho natural é que haja uma invocação jurídica desse direito social, em determinada situação concreta. Por isso, no campo do direito à saúde, muitas vezes questões complexas são postas à apreciação do órgão judicante.

Assim, são notórias as falhas no serviço de saúde, de insuficiência de quadro médico, de baixa qualificação do serviços em geral, de carências materiais elementares, de superlotação de equipamentos públicos de saúde, de terceirização de mão-de-obra, fragilidade dos programas de prevenção de doenças e falta de medicamentos.

Está claro que, neste momento, aparece com vigor o protagonismo social e político do Poder Judiciário, coincidindo com o fenômeno da deslegitimação dos poderes políticos e da crise de crença na autoridade pública.

Há uma grande tensão entre o Poder Judiciário, que exerce a jurisdição constitucional no Brasil, e os Poderes democraticamente eleitos pelo povo, Legislativo e Executivo. Essa tensão consiste num reflexo da crise social por que passa a sociedade brasileira, que busca, cada vez mais, a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive do direito social à saúde que demanda prestações positivas do Estado para ser efetivado.[101]

Estefânia Maria Queiroz BARBOZA entende que o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, deve exercer um papel ativo, político e social no Estado Brasileiro, implementando os direitos sociais prestacionais de forma a lhes dar a maior efetividade possível. Conforme esta doutrinadora, esta seria a única forma a se alcançar a justiça e a democracia, erigindo o Brasil a um verdadeiro Estado Democrático de Direito.[102]

---

[100] Note-se que a Administração Pública foi criada durante o processo de formação do Estado Moderno Europeu, com o advento do Estado legislativo e administrativo em superação ao Estado jurisdicional. Além do protagonismo da lei, como expressão da vontade geral e da soberania da nação, se situa a criação desse novo sujeito destinado a representar o Estado e a responder as necessidades concretas dos cidadãos. (FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución*…, p. 25).

[101] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais*. 185 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 26/08/2005, p. 9.

[102] Ibidem, p. 9-10.

Além dessa questão, discute-se a legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária. Isso porque a concretização do direito à saúde exige uma sensível alocação de bens materiais, cuja distribuição recebe tratamento em atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo.[103]

Com efeito, o princípio da separação dos poderes e a legitimidade majoritária não são absolutos, pois todos os poderes constituídos estão submetidos à Lei Fundamental. Assim, a gestão da despesa pública também deve estar vinculada aos parâmetros constitucionais: se os recursos são escassos, sua aplicação deve privilegiar o atendimento aos fins considerados prioritários pelo Texto Maior.[104]

Gilmar Ferreira MENDES entende que não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde sendo sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.[105]

Logo, esta proposta apresente inúmeras dificuldades. Tais decisões judiciais são criticadas, inclusive ao argumento de que o atendimento desses pedidos atendem aos interesses das classes com melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, que têm maior facilidade de acesso ao Judiciário.[106] Dessa forma são inviabilizadas políticas públicas de saúde eficazes, uma vez que comprometem, com a entrega a poucas pessoas de atendimentos e medicamentos extremamente caros, os escassos recursos destinados à proteção à saúde[107]

[103] A respeito das teses econômicas que analisam o tema dos recursos escassos: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights*: Why Liberty Depends on Taxes. New York and London: W. M. Norton, 1999; AMARAL, Gustavo. *Direito Escassez e Escolha.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: Direitos não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[104] SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. *Fundamentação Material e Efetividade Constitucional do Direito à Saúde*: Da Exclusão à Igualdade numa Perspectiva Superadora de seus Hodiernos Obstáculos. Curitiba, 2007. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 79.

[105] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 706.

[106] Ibidem, p. 708.

[107] "Quanto devemos gastar, coletivamente, para proporcionar serviços de saúde a todos de forma a honrar o ideal de igualdade?" Dworkin discute duas respostas possíveis. A primeira, baseada na teoria da igualdade de bem-estar seria: o que for necessário (saúde não tem preço) para restabelecer a saúde das pessoas, custe o que custar. Mas, este princípio seria inaceitável, pois implicaria na falência da sociedade pela incapacidade de

de toda a população.[108]

Esse quadro indica o desenvolvimento de uma situação contraditória ao projeto constitucional, quando do estabelecimento de um sistema de saúde universal, que não possibilitasse a existência de qualquer benefício ou privilégio de alguns usuários.[109]

Nesse contexto, Terezinha de Jesus de Souza SIGNORINI sustenta que o tratamento do direito à saúde pelo Poder Judiciário pode ser revestido de racionalidade e razoabilidade e ela indica instrumentos normativos já existentes que servem como ponte para transmudar do plano normativo para o plano da realidade a realização desse direito fundamental.[110]

Com efeito, a justiciabilidade do direito à saúde não dispensa que o requerente demonstre a necessidade do remédio postulado, bem como sua eficácia na cura da moléstia que lhe está afetando.[111]

A Lei Federal n. 6.360/76 dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos e saneantes e ela determina a necessidade de registro desses produtos no Ministério da Saúde.[112]

Pode ocorrer de medicamentos requeridos constarem das listas do Ministério da Saúde ou de políticas públicas Estaduais ou Municipais, mas não estarem fornecidos à população por problemas de gestão. Logo, o cidadão não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os medicamentos conside-

---

investir em outros bens importantes à qualidade de vida das pessoas em virtude do custo elevado dos serviços de saúde. Por isso ele defende a aplicação do mecanismo do seguro hipotético no qual a comunidade deve gastar coletivamente em saúde a cobertura que pessoas médias de dada comunidade em igualdade de condições. Assim, o seguro hipotético seria uma resposta realista e justa a essa questão, pois torna as pessoas iguais em face do risco e nunca requer que uma comunidade gaste mais em benefícios sociais do que deveria, tendo em conta suas responsabilidades de prover outros serviços essenciais para a vida de seus membros. Sobre o custo da saúde veja: DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*: A Teoria e a Prática da Igualdade. SIMÕES, Jussara (trad.). 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 430-470; DWORKIN, Ronald. Igualdade como Ideal. *Novos estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 77, mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 set. 2013.

[108] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 708.

[109] Idem.

[110] SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. Op. cit., p. 97.

[111] Ibidem, p. 101.

[112] "Art. 12: Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde".

rados essenciais. Fica configurado um direito subjetivo à prestação de saúde passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.[113]

Para superar a exigência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, terá o demandante um esforço redobrado na tarefa de convencimento do magistrado, pois deverá provar não somente a necessidade do medicamento e sua utilidade no tratamento da moléstia que lhe aflige, como também que o fármaco não produz efeitos lesivos à saúde, bem como que não foi registrado no Brasil por desinteresse da empresa produtora ou lentidão no processo de concessão do registro, porém cumpre todos os requisitos exigidos por lei.[114]

Todavia não deve o julgador utilizar as normas que regem o direito à saúde de forma "religiosa", acreditando que com o simples deferimento de uma liminar está salvando a vida do autor. A autorização para que o requerente utilize-se de um medicamento contra-indicado poderá apenas piorar seu estado de saúde.[115]

Daí exigir-se do juiz e das partes, nestas hipóteses, uma argumentação com base em dados físicos, químicos e biológicos – que pode ser realizada com o auxílio técnico de profissionais de outras áreas –, estabelecendo-se um cotejo com as normas legais de controle dos insumos farmacêuticos.[116]

Nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional cada vez mais necessária, desde que seja na sua vertente positiva, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado.[117]

Quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo configura um óbice ao regular funcionamento da democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação dos direitos fundamentais sociais permitindo a manutenção do processo democrático.[118]

Ao se defender a possibilidade do Judiciário intervir em políticas públicas, não se

[113] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 707.

[114] SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. Op. cit., p. 101.

[115] Ibidem, p. 103.
[116] Idem.
[117] TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: Nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, São Paulo, Jan.-Jun. 2012, p. 9.
[118] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A Legitimidade*..., p. 159.

quer colocar o primeiro como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, e sim que ele atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente.[119]

Enfim, em muitas oportunidades, é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos que podem lá reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais. Assim, a efetivação dos direitos sociais pela jurisdição constitucional pode muito bem promover o processo democrático.[120]

4 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como o Estado é omisso, recorre-se ao Poder Judiciário para garantir a prestação do direito fundamental à saúde. Por isso mister discutir as perspectivas para um juiz ativista no Brasil, especialmente quando atue na proteção dos direitos fundamentais e na garantia da supremacia da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal tem definido, há tempos, os contornos do direito de proteção à saúde em diversos julgados que versam sobre fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior.[121]

É grande o número de decisões de Tribunais brasileiros condenando o Estado a fornecer gratuitamente medicamentos, meios de diagnóstico ou tratamento a pessoas doentes, e ao pagamento de multa diária pelo não cumprimento destas decisões judiciais.[122]

Gilmar Ferreira MENDES explica que devido a grande importância teórica e prá-

[119] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização*..., p. 79.
[120] Idem.

[121] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 709.

[122] NUNES, António José Avelãs. Op. cit., p. 473.

tica do problema da judicialização do direito à saúde, ele envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais das áreas de saúde e a sociedade civil como um todo.[123]

Assim, sensível às aspirações e às exigências da população, o STF tem procurado resolver alguns problemas delicados que o Congresso não estaria disponível para resolver, ajudando talvez a aliviar tensões, ao mesmo tempo que faz ver aos demais poderes do Estado que não podem continuar a "ignorar" a vontade dos cidadãos, deixando sem solução problemas que se arrastam há anos.[124]

Em sentido diverso, há quem acredite que, por mais humanamente que se possa compreender a tentação dos tribunais para atuarem deste modo perante a incapacidade crónica dos demais Poderes, este não seria um caminho que favoreça e prestigie o Poder Judiciário e a democracia.[125] Dessa forma, não seria competência dos tribunais averiguar se há recursos disponíveis para condenar o Executivo a uma certa prestação de saúde, pois a alteração não pode ser imposta pelos tribunais aos outros Poderes do Estado sendo inaceitável que as opções políticas do Legislativo possam ser substituídas pelas opções políticas de cada juiz.[126]

Diante da existência de um número significativo de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, houve a convocação, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, de uma audiência pública sobre a saúde.[127]

Na referida audiência pública[128] foi reconhecida a complexidade da interpretação e aplicação do direito fundamental à saúde e a sua dependência de juízos de ponderação que

[123] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. DJe 30/04/2010.

[124] NUNES, António José Avelãs. Op. cit., p. 474.

[125] Idem.

[126] Ibidem, p. 485.

[127] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 713.

[128] A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ouviu 50 especialistas entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 25 jul. 2013.

considerem todas as circunstâncias dos casos concretos.[129]

Com base na experiência apreendida na referida audiência pública, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil e estabeleceu, no julgamento da STA 175[130], alguns parâmetros essenciais à solução judicial de casos concretos que envolvem esse direito.[131]

O primeiro dado a ser esclarecido, segundo Gilmar Ferreira MENDES, é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nessas situações, parece ser evidente a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.[132]

Além disso, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é necessário distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação.

Ele também observou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O segundo dado a ser considerado, nos termos do voto do Relator, é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Nessa hipótese, pode ocorrer uma situação em que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequa-

---

[129] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 715.

[130] Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. DJe 30/04/2010.

[131] A esse respeito, veja: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 244/Paraná. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 11/11/2008. DJe 18/11/2008. Na STA 244, o Estado do Paraná pediu a suspensão da decisão da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, que determinou o fornecimento do medicamento Naglazyme (Galsulfase) por tempo indeterminado.

[132] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. DJe 30/04/2010. Inteiro Teor, p. 17-18.

do a determinado paciente. Em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.[133]

Ademais, poderá ocorrer outra situação em que o SUS não dispõe de nenhum tratamento específico para certa patologia (novos tratamentos ainda não incorporados ao SUS). Destaca-se que o Estado não pode ser condenado a fornecer tratamentos puramente experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia).[134]

Karine da Silva CORDEIRO entende que, com base nos parâmetros fixados pela STA 175, diversos medicamentos e tratamentos médicos de alto custo e não fornecidos pela rede pública foram assegurados pelo Supremo Tribunal Federal.[135] Um dos critérios decisivos para a decisão é o risco de a ausência da medida postulada ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida dos pacientes.[136]

Ana Paula BARCELLOS afirma que é compreensivelmente difícil para o juiz deixar de ceder à tentação de dar uma solução jurídica localizada e individual a um problema cujo espaço de discussão é essencialmente político.[137] Porém, é necessário que o juiz atente a convicção sólida a respeito dos limites de seu papel no âmbito do Estado Democrático de Direito e pela certeza de que há meios jurídicos aptos a impor ao Poder Público a prestação do mínimo existencial na área da saúde.[138]

Os critérios referidos não esgotam os referenciais que podem detectados na esfera das decisões judiciais no Brasil, além de não serem excludentes de outros parâmetros propos-

---

[133] Ibidem, p. 19-21.

[134] Idem.

[135] CORDEIRO, Karine da Silva. Op. cit., p. 193.

[136] Idem.

[137] BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 332.

[13] Idem.

tos na esfera doutrinária, inclusive na parte geral dos direitos sociais.[139]

5 CONCLUSÃO

Este artigo discute a seguinte problemática: Por que o acesso à justiça e a luta por direitos, inclusive do direito fundamental à saúde, se orienta, crescentemente, em direção ao Judiciário? Demandas que antes eram dirigidas ao Legislativo são apresentadas, agora, ao Judiciário na expectativa de que ele venha a suprir determinados serviços negligenciados pela Administração Pública.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem passado por profundas transformações que tem levado a uma postura mais ativa na análise de suas decisões. Trata-se da manifestação do ativismo judicial ou da judicialização da política.

Através da análise do *judicial review* fica demonstrada a importância do papel criativo da Suprema Corte americana ao determinar valores para normas abstratas contidas em seu texto constitucional por meio de recursos à doutrina política.

Essa experiência norte-americana serve de exemplo e pode ser adaptada ao caso brasileiro, que enquanto país periférico, não pode deixar de realizar seus direitos fundamentais porque tratam muitas vezes de questões políticas.

Destaca-se, no campo da judicialização da política, o aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o Judiciário questionado e criticado por estar intervindo em esfera de políticas de saúde.

Dessa forma, questiona-se se a atuação mais ativa do Supremo Tribunal Federal é legítima, ou seja, e se o ativismo judicial promove a democracia consagrando de forma mais efetiva os direitos fundamentais ou favorece o surgimento de uma “juristocracia” violadora das tutelas e garantias constitucionais.

Argumenta-se que o Judiciário estaria, com sua postura ativista, usurpando funções do Legislativo e Executivo, quando sua função seria somente a de aplicar as normas le-

[139] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso*..., p. 583.

gais (princípio da separação dos poderes).

Por esta visão, o Judiciário não responderia politicamente pelo povo, pois ele não seria democraticamente legítimo para dizer quais são as suas necessidades, cabendo esta decisão ao próprio povo, através dos órgãos eleitos (déficit democrático).

Em sentido diverso, há doutrinadores que defendem que a atividade atualmente desempenhada pelo STF não é imprópria à função de um Tribunal porque consiste num instrumento eficaz de concreção da dignidade da pessoa humana, cidadania, justiça e democracia.

Nesse contexto, reflete-se sobre o direito fundamental à saúde compreendido como um direito social que deve ser cumprido pelo Estado. Em caso de omissão ao cumprimento desse dever estatal, o caminho natural é que haja uma invocação jurídica desse direito, em determinada situação concreta.

São notórias as falhas no serviço de saúde, de insuficiência de quadro médico, de baixa qualificação do serviços em geral, de carências materiais elementares, de superlotação de equipamentos públicos de saúde, de terceirização de mão-de-obra, fragilidade dos programas de prevenção de doenças e falta de medicamentos.

Por isso, no campo do direito à saúde, muitas vezes questões complexas são postas à apreciação do órgão judicante. Diante disso, são apresentados posicionamentos que versam sobre uma atuação mais criativa e ativa dos Juízes para concretizar esse direito fundamental, ou seja, a judicialização do direito à saúde.

A ação dos poderes soberanos na área da saúde deve estar voltada, necessariamente, ao atendimento da população de forma universal e igualitária, garantindo um atendimento integral, preventivo, curativo e, acima de tudo, digno.

Ainda, foi realizada, uma análise da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do direito à saúde, tendo por parâmetro a Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Nessa julgamento, o STF estabeleceu alguns critérios essenciais à solução judicial de casos concretos que envolvem esse direito fundamental, tais como: a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, a presença de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS e a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população protegendo o indivíduo contra omissões ou excessos do Estado.

Dessa forma. quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo configura um óbice ao regular funcionamento da democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação dos direitos fundamentais sociais permitindo a manutenção do processo democrático.

Diante do exposto, conclui-se que o ativismo judicial não decorre de uma postura inconsequente dos juízes sendo o reflexo de uma realidade social carente de tutela e cansada de omissões estatais passando a ter os juízes uma cota de responsabilidade no processo de inclusão dos excluídos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** SILVA, Virgílio Afonso (trad.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Tagore Trajano de; GORDILHO, Heron José de Santana. Eficácia dos Direitos Fundamentais e Justiça Distributiva: O Interesse Público como Problema Jurídico nos Tratamentos de Saúde. **Revista Juris Poiesis**, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez e Escolha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARANTES, Rogério Bastos. **Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil.** In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, fev. 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais.** 185 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 26/08/2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional:** Entre Constitucionalismo e Democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurîdica:** Reflexões Crîticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 28/02/2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, Jan.-Jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luîs Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais:** A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 244/Paraná. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 11/11/2008. DJe 18/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. DJe 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 25 jul. 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: Sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**,

São Paulo, v. 5, n. 1, Jun. 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Crítica Jurídica**, Curitiba, v. 22, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Constituição, Democracia e Justiça:** Aportes para um Constitucionalismo Igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais:** Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, O Papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de. **Promoção da Saúde**: Conceitos, Reflexões e Tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Definição e Características dos Direitos Fundamentais.** In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico:** As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade:** A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. ***A Virtude Soberana:*** A Teoria e a Prática da Igualdade. SIMÕES, Jussara (trad.). 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. Igualdade como Ideal. *Novos estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 77, mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-

33002007000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 set. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro del Estado de Derecho** In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio, **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Dias**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y Constitución.** In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). In: *El Estado Moderno en Europa:* Instituciones y Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. **Direitos Fundamentais:** Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. GAMA, Ricardo Rodrigues (trad.). 2.ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy:* **The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.** Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review,** v. 75, n. 2, 2006.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., **The Cost of Rights:** Why Liberty Depends on Taxes. New York and London: W. M. Norton, 1999.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo.** MARINS, Alex (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat. **Do Espírito das Leis**. FERREIRA, Roberto Leal

(trad.). São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito à Sério**: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais:** Trunfos contra a Maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES, António José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, ano 14, n. 14, p. 473-490, Jan.-Dez. 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. 390 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Sousa, António Francisco de; FRANCO, António (trads.). Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde**: Regime Jurídico-Constitucional, Políticas Públicas e Controle Judicial. 270 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 15/03/2013.

ROMANELLI, Sandro Ballande. **A Constituição Norteadora das Paixões**: O Protagonismo Judicial como Garantia dos Pré-Compromissos Constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Constituição, Democracia e Justiça*: Aportes para um Constitucionalismo Igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 37-52.=

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais***:* Seu Conteúdo, Eficácia, Efetividade no Atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Di-**

reito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. **Fundamentação Material e Efetividade Constitucional do Direito à Saúde**: Da Exclusão à Igualdade numa Perspectiva Superadora de seus Hodiernos Obstáculos. Curitiba, 2007. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

SCHIER Adriana da Costa Ricardo. **O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e Interesse Público*: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 377-405.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Constitucionalização do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial:** Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: Nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, São Paulo, Jan.-Jun. 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização da Política. **Tempo social,** São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O Ativismo Judicial como Instrumento de Concreção dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito:** Uma Leitura à Luz do Pensamento de Ronald Dworkin. 255f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte, 2011.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, Jun. 2009.

MATOS, Gustavo. O Reequilíbrio Econômico-financeiro na Contratação Integrada do Regime Diferenciado de Contratações. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA CONTRATAÇÃO INTEGRADA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES.

Gustavo Matos[1]

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo problematizar o tratamento dado ao reequilíbrio econômico-financeiro na contratação integrada da Lei 12.462 de 04/08/2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC). Através da revisão da teoria da imprevisão, na qual se busca delimitar com maior precisão as áleas e institutos que a compõe, examina-se a constitucionalidade do regime específico dado à contratação integrada, que é restrito por permitir aditivos contratuais em apenas duas hipóteses: i) para recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro nos casos de caso fortuito e força maior; ou ii) por necessidade de readequação do projeto (art. 9o, §4o, da Lei 12.462/11). A partir desses aspectos, somados a uma revisão bibliográfica sobre o tema e tendo como parâmetros o direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, XXI, da Constituição), o princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição) e o da obtenção da proposta mais vantajosa (art. 1º, §1º IV, RDC e art. 3º, Lei 8.666/93), conclui-se pela inconstitucionalidade do regime restrito dado pelo RDC ao equilíbrio econômico-financeiro na contratação integrada.

Palavras-chave

licitações públicas; regime diferenciado de contratação; reequilíbrio econômico-financeiro

ABSTRACT

This paper aims to discuss the treatment given to the economic and financial balance on the integrated contracts ruled by the Law nº 12.462 of 04/08/2011 (Differential Public Procurement). Through the review of the circumstances theory, in which we seek to analyse more precisely the risks and institutes that compose this theory, we exam the constitutionality of the strictly regime that is imposed to the integrated contracts, in which contractual amendments are allowed only in two cases: i) to restore the economic and financial balance in cases of unforeseeable circumstances or force majeure; or ii) need to realignment the Project (art. 9º, § 4º, of Law 12.462/11). From these aspects, a literature review on the subject and the constitutional principles of the economic and financial balance (art. 37 , XXI , Constitution) , the principle of efficiency (art. 37, caput, Constitution) and of most advantageous proposal to the contracting party (art .1º , § 1º IV , DRC and art. 3, Law 8.666/93), we conclude that the rule put by the differential public procurement is unconstitutional.

Keywords

[1] Gustavo Matos é advogado. Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

public bids; differential public procurement; economic and financial balance

1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.462, de 04/08/2011, também conhecida como Regime Diferenciado de Contratações (RDC), foi promulgada, inicialmente, com o objetivo de garantir maior celeridade e eficiência aos procedimentos licitatórios e aos contratos administrativos realizados para viabilizar a Copa do Mundo de 2014 e os demais eventos esportivos que acontecerão no Brasil entre 2013 e 2016.

Apesar de ter sido idealizado para atender apenas os acontecimentos mencionados, o RDC foi ampliado e atualmente é o regime jurídico aplicável também: i) às ações integrantes do Plano de Aceleração do Crescimento; ii) às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde; e iii) realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino[2].

Um dos temas mais controvertidos é a figura da contratação integrada, instituto que prevê que o contratado deverá não só executar a obra, como também elaborar os projetos básico e executivo correspondentes.

Segundo o RDC, nos casos de contratação integrada, os aditivos serão cabíveis apenas em duas hipóteses: i) para recomposição do equilíbrio-econômico financeiro decorrente de caso fortuito e força maior; e ii) por necessidade de readequação do projeto, limitado aos 25% estabelecidos pelo art. 65, §1o da Lei 8.666/93.

Ao nosso ver, tal constrição às hipóteses autorizativas para se proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro são inconstitucionais: i) por ofender o direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro; ii) por implicar em contratos mais onerosos para a administração pública, o que viola o princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal) e o princípio da obtenção da proposta mais vantajosa (art. 1º, §1º IV, RDC e art. 3º, Lei 8.666/93).

---

[2] Essas expansões foram feitas, respectivamente, pelas Leis 12.668 de 18/07/2012; 12.745 de 19/12/2012; e 12.772 de 13/10/2012

2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

Nos contratos administrativos, normalmente, existe a formação de um sinalagma perfeito[3], de uma bilateralidade, em que uma das partes se compromete a pagar certa quantia (administração) e a outra, a entregar determinada coisa, ou fazer determinado serviço (particular). Em suma, ambos os contratantes são credores e devedores de prestações equivalentes.

Nesses tipos de contrato – em que há comutatividade –, depois de firmada a avença, pressupõe-se a estipulação de uma identidade entre as prestações de cada uma das partes. Ou seja, a equação entre o que a administração paga e o que o particular realiza é dada como equilibrada. Fixa-se o fiel da balança.

> Essa garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo – que tem outras implicações, como adiante indicado – preserva a sua natureza comutativa (equivalência intrínseca entre as prestações) e sinalagmática (reciprocidade das obrigações)[4]

A essa identidade de prestações dá-se o nome de “equilíbrio econômico-financeiro”[5].

O conceito de equilíbrio econômico-financeiro é fundamental, pois ao longo da execução do contrato podem ocorrer diversas situações que modifiquem a harmonia antes existente, dando razão à revisão do contrato para que se proceda ao reequilíbrio econômicf--financeiro[6].

Cabe notar que o direito a um contrato equilibrado é um jogo duplo[7]: o contrato poderá ser revisto tanto em benefício do particular, quanto em benefício da administração.

A garantia tem fundamento no respeito mútuo e isonômico, que deve pautar a relação entre administração pública e particular, pois atualmente o “contratante privado é havido como um colaborador da Administração”[8].

---

[3] A Administração pode celebrar contratos que não tenham sinalagma perfeito, são exemplos os contratos de doação, de concessão de uso e até mesmo de comodato.
[4] TÁCITO, 1975, p. 293
[5] Pode ser conhecido, também, como “equação econômica”, “equação financeira”, “equilíbrio econômico” e “equilíbrio financeiro”. (MEIRELLES, 2011, p.221)
[6] Pode haver desarmonia contratual sem que haja direito à reequilíbrio econômico-financeiro, essas hipóteses serão esclarecidas ao longo do texto.
[7] ENTERRÍA, 1991, p. 660.
[8] MELLO, 2011, p. 649.

Mas, apesar de atuar em colaboração, os interesses de contratado e contratante são distintos: a administração busca realizar seus fins jurídicos-políticos, enquanto o particular irá perseguir basicamente o lucro

Tendo em vista o legítimo interesse do contratante particular, não se deve pensar no equilíbrio contratual apenas pelo viés da exequibilidade, isso é, caso o contrato tenha de ser reequilibrado, a modificação deve alcançar a remuneração percebida pelo contratado como um todo, respeitando seus interesses financeiros[9].

Haverá direito à revisão do contrato, nos casos em que a contraprestação já paga pela administração, mesmo que suficiente para executar o contrato, seja significativamente inferior à margem de lucro assegurada à época da celebração do contrato.

> Não há cabimento em afirmar que está respeitado o equilíbrio quando a empresa não tem prejuízo. Trata-se de aplicação técnica do vocábulo. Quando se alude a equilíbrio econômico-financeiro não se trata de assegurar que a empresa se encontre em situação lucrativa. A garantia constitucional se reporta à relação original entre encargos e vantagens do contrato. O equilíbrio exigido envolve essa contraposição entre encargos e vantagens, tal como fixada por ocasião da contratação.[10]

O objetivo de realizar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato é adequar uma situação presente (situação não equilibrada) a uma situação passada, a um paradigma que fora fixado anteriormente, no momento em que se efetivou a proposta (situação de equilíbrio).

O equilíbrio a ser perseguido é “puramente estipulativo”[11]. Exemplificando: caso a proposta vencedora preveja uma margem de lucro mínima, ou tendente a zero, não haverá direito ao reequilíbrio contratual caso esse mínimo seja alcançado pela execução do contrato; por outro lado, se um contrato é bastante vantajoso para o particular, a administração não poderá negar o direito à revisão, sob o argumento de ainda restar margem de lucro e o contrato permanecer exequível.

Comumente, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro é descrito pela doutrina como uma espécie de contradireito do contratado em razão dos poderes conferidos à administração pelas cláusulas exorbitantes, que são muito bem definidas por JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, que as chama de “cláusulas de privilégio”:

---

[9] “O princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão do serviço público.” (TÁCITO, 1975, p. 203)
[10] JUSTEN FILHO, 2012, p. 888
[11] JUSTEN FILHO, 2012, p. 888.

> A “cláusula de privilégio”, (...), é de obrigatória presença no contrato administrativo, porque vai revelar o traço onímodo, onisciente, onipresente, onipotente do Estado, através de sua puissance publique, no acordo celebrado com o particular, caso em que a Administração, por interesse público, tem o poder-dever de impor ao contratante as regras do jogo, ao mesmo tempo que pode transferir-lhe a parcela necessária de prerrogativas públicas de que é detentora para que a execução do contrato – o desempenho do serviço público – se processe da melhor maneira possível, em benefício da coletividade.[12]

Vários exemplos de cláusulas exorbitantes podem ser extraídos da Lei 12.462/12, e da 8.666/93, bem como de outros textos normativos. Tais cláusulas conferem, resumidamente, os seguintes poderes à administração: i) poder de exigir garantia; ii) poder de alterar unilateralmente o contrato; iii) poder de rescisão unilateral; iv) poder de fiscalização; v) poder de aplicação de penalidades; entre outros.

> Na teoria do contrato administrativo, a mantença do equilíbrio econômico-financeiro – não sem razão – é aceita como verdadeiro “artigo de fé”. Doutrina e jurisprudência brasileiras, em sintonia com o pensamento alienígena, assentaram-se pacificamente em que, neste tipo de avença, o contratado goza de sólida proteção e garantia no que concerne ao ângulo patrimonial do vínculo, até mesmo como contrapartida das prerrogativas reconhecíveis ao contratante governamental. (MELLO, 2010, p. 210)

Note-se, apenas em alguns desses casos poderá o particular exercer o direito ao reequilíbrio contratual. Não se pode cogitar de reequilíbrio nos casos em que há aplicação de multa ao particular, em razão da prática de um ilícito. Mas, de outra ponta, fácil perceber que o contratado terá direito à revisão se a administração lhe impuser aumento do objeto contratado por meio de alteração unilateral.

Apesar da garantia ao equilíbrio servir, em alguns casos, para contrabalançar as cláusulas exorbitantes, sua aplicação não se restringe a esse ponto.

É possível haver direito ao equilíbrio econômico-financeiro em situações que a administração não exerce poder decorrente de cláusulas exorbitantes. Tais situações serão exploradas posteriormente, quando tratarmos das áleas do contrato administrativo.

Percebe-se que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro tem posição de destaque nas contratações públicas, pois sua compreensão é fundamental para a boa gestão de um contrato administrativo, bem como para que se respeitem os direitos e deveres da administração e do particular.

Para os contratos de concessão de serviço púbico, o direito ao equilíbrio econô-

[12] CRETELLA JÚNIOR, 2001, p. 49.

mico-financeiro já era previsto em constituições brasileiras pretéritas, mais notadamente no art. 147 da Constituição de 1937; no art. 151 da Constituição de 1946; e no art. 160 da Constituição de 1967. Nesta, surgia especificamente a expressão “equilíbrio econômico-financeiro”.

Atualmente, o direito ao equilíbrio contratual mantém seu caráter constitucional, conforme redação do art. 37, XXI, da Constituição de 1988, que não adota a expressão “equilíbrio econômico-financeiro”, mas, por meio de palavras distintas, protege o mesmo direito.

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O enunciado normativo acima destacado contém o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, expressa um direito subjetivo do particular de exigir da administração, nos termos da lei, a revisão do contrato, quando, as condições presentes forem desvantajosas, se comparadas com as condições efetivadas na proposta.

Então, tendo em vista a importância e o caráter constitucional do equilíbrio econômico-financeiro, partimos para análise do problema trazido pelo RDC, em busca de uma solução constitucionalmente adequada.

3 AS LIMITAÇÕES TRAZIDAS PELO ART. 9º, §4º, DO RDC

Antes da vigência da Lei 12.462/11, a expressão do direito ao equilíbrio econômico-financeiro era regulamentada primordialmente pela Lei 8.666/93, em seu art. 65, II, “d”.

> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas jus-

> tificativas, nos seguintes casos:
>
> (...)
>
> II - por acordo das partes:
>
> (...)
>
> d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

O dispositivo tratou da mesma maneira os casos em que ocorressem: i) fatos imprevisíveis ou fatos previsíveis de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado; ii) força maior e caso fortuito; iii) fato do príncipe; iv) álea econômica extraordinária e extracontratual.

Em todos esses casos poderá haver modificação contratual com o objetivo de reequilibrar os direito e deveres das partes. Se a Lei 8.666/1993 foi ampla na questão, o RDC, ao tratar da contratação integrada, foi mais rigoroso:

> Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.
>
> (...)
>
> § 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:
>
> I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e
>
> II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

A hipótese de alteração unilateral, delimitada pelo art. 9o, §4o, II, da Lei 12.462/11, está igualmente positivada no art. 65, I, “a” e “b” da Lei 8.666/93, não havendo, nesse ponto, problemas novos. Portanto, não incluiremos esses debates no foco do presente texto.

Problema novo foi trazido pela redação do art. 9o,caput e do art. 9o §4o, I, ambos do RDC. Se comparado com a Lei 8.666/93, houve redução drástica das hipóteses que autori-

zam a modificação contratual com o objetivo de promover o reequilíbrio econômico-financeiro.

Na Lei 8.666/93, uma das hipóteses de recomposição era a superveniência de caso fortuito e força maior, já na contratação integrada do RDC, essa hipótese acabou por ser a única, ficando excluídos, prima facie: i) fatos imprevisíveis ou fatos previsíveis de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado; ii) fato do príncipe; iii) álea econômica extraordinária e extracontratual.

Além do mais, o disposto no art. 9o, §4o, RDC, é claramente hipótese de exceção, pois para os demais regimes contratuais – empreitada por preço global, por preço unitário, integral e contratação por tarefa –, mesmo que contratados pelo RDC, deverá ser aplicada a Lei 8.666/93, por disposição expressa do art. 39 do RDC.

> Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

Ou seja, o legislador teve a clara intenção de dar tratamento mais rigoroso aos contratos administrativos em regime de contratação integrada, o que justifica a redação do art. 9o, §4o que utiliza a expressão “exceto nos seguintes casos”.

Apesar da intenção do legislador ser louvável, dada as recorrentes notícias de corrupção e de toda sorte de ilegalidades existentes nos contornos e nos interiores das contratações públicas, principalmente quando da celebração de aditivos, tal restrição apresenta-se-nos como inadequada, requerendo, portanto uma análise mais profunda do dispositivo.

Imprescindível fazer uma revisão sobre os conceitos de fato do príncipe, fato da administração, caso fortuito e força maior, álea ordinária e extraordinária, para que se compreenda o quão rigorosa foi a supressão feita pelo RDC.

4 AS ÁLEAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Áleas são riscos, guardam relação com o imprevisto, com o aleatório. Durante a execução de um contrato, inúmeros riscos se concretizam para as partes, que devem se adaptar a essa nova realidade que se impõe e, sendo o caso, reavaliar a equação econômico-financeira antes estipulada, restabelecendo deveres e direitos, que se conformem melhor ao novo cenário.

As áleas não têm origem comum, podem advir de eventos da natureza, em razão de fatos humanos, de comportamentos específicos ou genéricos da administração, pelo conhecimento de circunstâncias antes desconhecidas, enfim, tem origem plural.

Portanto, para melhor sistematizar a análise dos riscos, partiremos de uma taxonomia de três gêneros: i) álea ordinária; ii) álea extraordinária; iii) álea administrativa.

4.1 Álea Ordinária

Dentro da álea ordinária estão todos os riscos previstos e previsíveis, que irão ou poderão ocorrer durante a vigência do contrato.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO esclarece:

> Álea ordinária ou empresarial, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular.[13]

Outro exemplo seria a variação ordinária, normal, nos preços de insumos, produtos e serviços dos quais dependa o particular vencedor do certame. Vivemos em uma economia de mercado, a variação dos preços é evento tipicamente ordinário, sendo previsível que variações ocorram, seja para aumentar ou para diminuir os valores desses bens e serviços.

> Fatos provenientes de álea ordinária não autorizam a sua aplicação[reequilíbrio econômico-financeiro], por tratar-se de risco comum ao qual todo empresário se submete ao assumir uma obrigação. Significa que o simples aumento de despesa inerente à execução contratual - por exemplo, a variação normal dos preços na econo-

---

[13] DA CUNHA, 1992, p. 28.

> mia moderna - não possibilita aos contratantes socorrerem-se deste mecanismo[14].

O que marca a álea ordinária é a previsibilidade do fato juntamente com a previsibilidade dos resultados decorrentes do fato. Se o fato era esperado, mas ao consumar-se traz consigo consequências inesperadas, anormais, acreditamos que o evento será mais bem qualificado como pertencente à álea extraordinária..

Em conclusão, é o particular que deve arcar com os encargos trazidos pelas áleas ordinárias, que são inerentes ao próprio negócio, por serem previsíveis e calculáveis quando do oferecimento da proposta.

4.2 Álea Extraordinária

Também conhecida como álea econômica[15], compreende todo e qualquer evento de natureza imprevisível, exterior ao contrato que, não podendo ser evitado, causa rompimento da equação econômico-financeira do contrato.

> Sempre que a economia do contrato for substancialmente conturbada pela incidência de fatores anômalos e imprevisíveis, que tornem excessivamente onerosa a prestação a cargo do concessionário, cumpre ao Poder Público compartilhar dos efeitos dessa álea econômica extraordinária.[16]

A álea extraordinária é resolvida pela aplicação da teoria da imprevisão nos contratos administrativos. Tal teoria tem como marco histórico a jurisprudência do Conselho de Estado francês que, nos casos Compagnie Générale Française de Tramways (1910) e Compagnie du Gaz de Bordeaux (1916)[17], faz a primeira aplicação sistemática da possibilidade de revisão de contratos em razão de eventos extraordinários[18].

---

[14] DI PIETRO, 2011, p. 281.
[15] DI PIETRO, 2011, p. 286.
[16] TÁCITO, 1975, p. 237.
[17] Tratando do aresto *Compagnie du Gaz de Bordeaux*, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO deixa claro o importante papel que a jurispridência francesa axerceu na sistematização e difusão da teoria da imprevisão. “E essa decisão do Conselho de Estado se tornou não só histórica, como clássica, constituindo a fonte da teoria da imprevisão no Direito Administrativo não só Francês como de todo mundo civilizado. E outras surgiram, afirmando a mesma orientação; e, destarte, construiu-se a jurisprudência a respeito” (MELLO, 2010, p. 679).
[18] Apesar de parte da doutrina francesa e brasileira afirmar que houve decisões anteriores do próprio Conselho de

A teoria da imprevisão é o ressurgimento da cláusula rebus sic stantibus, de origem romana, que andou adormecida durante a época em que o liberalismo econômico e comercial tinha preferência pela pacta sunt servanda, ou seja, pela imutabilidade e rigidez dos contratos.

Como quer que fosse, nos fins do século XVIII e início do século XIX, entrou a cláusula em decadência. Os autores começaram a mostrar-se cada vez menos favoráveis à sua admissão, procurando limitar os casos em que seria aplicável. Os novos códigos elaborados no princípio do século passado, entre os quais o Código de Napoleão e o Código Civil italiano, não lhe fazem qualquer referência. Os principais comentadores silenciam. Afirmam-se, em contrário, os princípios da autonomia da vontade humana e da irretratabilidade das convenções.[19]

Vivendo momentos de adormecimento, “foi no conflito mundial da segunda década do século atual que veio reavivar a teoria, já recolhida ao museu histórico do direito”[20].

Para que a teoria possa ser aplicada, nenhum dos contratantes pode ter dado causa ao fato, sua ocorrência deve ser alheia à vontade das partes, não deve haver culpa, pois, caso contrário, o fato deixaria de ser extraordinário, uma vez que seu acontecimento seria evitável pelo emprego da diligência que se espera dos contratantes.

Da mesma forma, não será cabível a revisão quando, mesmo que de origem extraordinária, o evento puder ter seus efeitos minimizados ou anulados pelo comportamento das partes, que têm o dever de mitigar suas perdas, não podendo ficar acomodadas, assistindo passíveis os acontecimentos.

O encargo a ser suportado deve abalar a comutatividade da avença. Não se aplica de forma banal a teoria da imprevisão, se ocorreu o extraordinário, mas não houve rompimento significativo da equivalência do contrato, não há falar em reequilíbrio econômico-financeiro.

Não é, pois, a simples elevação de preços em proporção suportável, como álea pró-

Estado, os arestos aqui mencionados são os que ganharam maior relevância. Por isso, merecem ser colocados como “marcos” no desenvolvimento do assunto. Ver: CAMPOS, 2001, pp. 584-594; MELLO, 210, p. 679;

[19] FONSECA, 1958, p. 199-200.

[20] TÁCITO, 1975, p.297

> pria do contrato, que rende ensejo ao reajuste da remuneração contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administração; só a álea econômica extraordinária e extracontratual é que autoriza a revisão do contrato.[21]

5 CONCLUSÕES

Em nossa opinião, a proposta de se interpretar os conceitos de caso fortuito e força maior de forma ampla auxilia na mitigação da restrição trazida pela norma, podendo ser inserido dentro do fortuito todo fato que não possa ser evitado pelas partes.

Mas, a bem da verdade, inevitáveis são as áleas extraordinárias, e os fatos do príncipe; mas serão inevitáveis e necessários os fatos da administração?

O ato ilícito praticado pelo poder público não é fato necessário, é fato dotado de dolo ou culpa do contratante, que, em razão da vedação trazida pelo dispositivo só poderia ser compensado por meio de ação de indenização na via judiciária, que será paga pelo moroso procedimento dos precatórios.

Impedir a recomposição do ilícito por meio de aditivo contratual é submeter o contratante a uma situação demasiadamente onerosa, sem que haja justificativa para tal e em verdadeira afronta à garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro.

Não há que se falar em interpretação conforme a Constituição no caso, pois ela seria verdadeira interpretação *contra legem*. Nas hipóteses em que a aplicação do dispositivo, por maiores que sejam os esforços hermenêuticos, resultarem em violação da lei ou da constituição, será preferível a declaração expressa da inconstitucionalidade do dispositivo atacado, em respeito a própria segurança jurídica.

A interpretação conforme é cabível quando há polissemia na norma, mas ao nosso ver, impossível inserir o fato da administração dentro de alguma interpretação de caso fortuito e força maior. Há muitas discrepâncias entre os institutos: o fortuito é notadamente fato alheio às partes e despido de culpa lato sensu; já o fato da administração é ato direto e ilícito do contratante.

Além do mais, há clara intenção legislativa de conferir regime excepcional aos

---

[21] MEIRELLES, 2006, p. 251

aditivos da contratação integrada, sendo impossível desconsiderar essa vontade legislativa por meio da técnica da interpretação conforme. Não há dispositivo legal que seja ocioso, como quis defender MOTTA e BICALHO, ou mesmo razão para compreender a abertura total do dispositivo como quis KLEIN e DAL POZZO.

> Essa prudência [realizar a interpretação conforme a constituição], por outro lado, não pode ser excessiva, a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição, nem tampouco a contrariar o seu sentido inequívoco, para constitucionalizalá de qualquer maneira. No primeiro caso porque isso implicaria interpretar a Constituição conforme a lei e, assim, subverter a hierarquia das normas; no segundo, porque toda conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador positivo, na exata medida em que a lei resultante dessa interpretação – conformadora só nas aparências – em verdade seria substancialmente distinta, em sua letra como no seu espírito, daquela que resultou o trabalho legislativo.[22]

Por isso, defendemos a inconstitucionalidade do art. 9o, §4o, da Lei 12.462/11, para que seja aplicável também à contratação integrada o regime da Lei 8.666/93, como ocorre com os demais contratos do RDC, em razão do art. 39 da Lei 12.462/11.

Além do mais, a favor da inconstitucionalidade pesa o próprio princípio da eficiência da administração e da obtenção da proposta mais vantajosa, pois a inconsistência do art. 9o, §4o, da Lei 12.462/11, no mínimo, gera uma situação de incerteza, que poderá ocasionar, por si só, encarecimento das propostas, pois os particulares incluem em seus preços as inseguranças que rondam o contrato. Daí ser indispensável uma tutela inequívoca do equilíbrio econômico-financeiro, para preservar os interesses da própria administração pública.

> A tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar à própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A administração arcaria com os custos correspondestes a eventos meramente possíveis – mesmo quando inocorressem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por ele se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública[23] .

[22] MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 141-142
[23] JUSTEN FILHO, 2012, p. 889

Apesar de acompanharmos a consideração feita por RIBEIRO, PRADO e JUNIOR, com relação à possibilidade dos contratos administrativos poderem conter uma matriz própria de riscos, ou seja, distribuírem as áleas de forma diversa da disposta em lei, por meio do contrato, essa solução não seria completa, pois contratos de contratação integrada que não contiverem essa matriz seriam submetidos a um regime inconstitucional, nos moldes destacados acima.

Como os próprios autores afirmam: "cometeu-se o equívoco de enrijecer uma discussão que deveria ser eminentemente econômica"[24] e, para nós, esse equívoco só poderá ser resolvido pela declaração expressa da inconstitucionalidade do dispositivo.

6 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Licitação e Contrato Administrativo:** estudos, pareceres e comentários. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11)**: aspectos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAMPOS, Flávio de Mendonça. **O Equilíbrio Contratual:** Estudo Comparado de Direito Administrativo e Civil. 2001. 682 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DA CUNHA, Antônio Geraldo. **Dicionário Etimológico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

[24] RIBEIRO; PRADO; JUNIOR, 2012, p. 66.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações para a Copa do Mundo e as Olimpíadas – Comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/11. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 216, p. 171-183, fev. 2012. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos Contratos Administrativos**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FORTINI, Cristina; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. Licitações e Contratos: aspectos relevantes. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FONSECA, Arnoldo Medeiros. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FURTADO, Lucas Rocha, **Curso de Licitações e Contratos Administrativos.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC):** comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KLEIN, Alicia Lícia. **Alteração dos Contratos no RDC**. in: JUSTEN FILHO, Marçal; PERREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei 12.462 e ao Decreto 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 407-425.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, AléciaPaolucci Nogueira. RDC: **Contratações para as Copas e Jogos Olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A **contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462/2011)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 55, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. acesso em 04 de abril de 2012.REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas:** comentários à lei 12.462, de 2011. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Texto para Discussão nº 100. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm>.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JUNIOR, Mario Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação:** licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos.** São Paulo: Atlas, 2011.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo. São Paulo, Saraiva, 1975.TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público.** in Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, v.1, pp. 487-497.TOLOSA FILHO, Benedicto de. Incorporação de disposições da Lei nº 12.462/11 (RDC) à Lei nº 8.666/93. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 216, p. 167-170, fev. 2012.

SAITO, Tiemi. A Efetividade Dos Direitos Sociais Prestacionais à Luz da Reserva do Possível. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL

Tiemi Saito[1]

RESUMO

A Constituição Federal da República de 1988 reconheceu e assegurou vasto rol de direitos fundamentais indispensáveis à vida humana digna. Dentre estes, foca-se o presente estudo nos direitos sociais prestacionais e na intervenção estatal em concretizá-los. É competência do Poder Legislativo e Executivo viabilizá-los, prevendo e efetuando as políticas públicas, no entanto, têm-se observado que estes isentam-se de sua obrigação constitucional, arguindo a teoria da reserva do possível, muitas vezes, sem critério algum. Razão pela qual o particular que tem seu mínimo existencial ferido busca no Poder Judiciário a salvaguarda de seu direito inescusável. Objetiva-se, portanto, estudar a judicialização das políticas públicas na garantia dos direitos sociais, aplicando os princípios da razoabilidade, ponderabilidade e proporcionalidade nas decisões proferidas.

Palavras-chave:
Direitos Sociais; Reserva do Possível; Ponderação.

ABSTRACT

The Federal Constitution 1988 recogni the Republic of fundamental essential rights to human worthy life. These, focuses this study prestacionais rights social state intervention in achieve them. Is it the responsibility the of Executive and Legislature make feasible, predicty and effecty public policy, however, has it been observed that these disclay it constitutional obligation, the theory of reserve as possible, without often any critery. Why an individual who has injuredy this existential search in the judiciary to their safeguard right inexcusable. Objecti is fore there to study the judicial activis in ensuring social rights, noting its in applying decisions the principles of proportionality and weight.

Key-words
Social Rights; Possible Reserve; Proportionality.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais do homem estabeleceram-se paulatinamente ao longo

[1] Bacharel em Direito pelas Faculdades OPET; Pós-graduanda em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal. Curitiba – PR. Brasil. tiemi.saito@hotmail.com

das décadas como reflexos nítidos dos anseios e penúrias que assolaram a sociedade em determinados contextos históricos. Não há, portanto, um ponto inicial da existência destes direitos, nem mesmo um ponto final.

A Constituição Federal da República de 1988, por sua vez, teve o condão de firmá-los e conceder ao Estado o poder-dever de provê-los, a fim de garantir o mínimo existencial para a vida humana dentro dos padrões de dignidade.

É evidente que o ente estatal, por diversas vezes, não dispõe de recursos suficientes para satisfazer todos os anseios sociais, seja em virtude de circunstância negativa fática ou jurídica. Razão pela qual a doutrina brasileira importou da Alemanha a teoria da reserva do financeiramente possível, que justifica, em tese, a inércia estatal nas situações em que a Administração Pública não disponha de recursos suficientes para garantir a concretização do direito social afetado.

Por outro lado, a abstenção da provisão destes direitos encontra seu limite na inafastável garantia do mínimo existencial e na vedação do retrocesso social sob a observância da supremacia do interesse público. Afinal, a Carta Magna pôs no centro do ordenamento jurídico o homem e a sua dignidade.

Ademais, muito embora finalmente reconhecidos e constitucionalizados tais direitos fundamentais, a efetividade de alguns destes depende, em especial, da atuação do Poder Legislativo e Executivo. É o caso dos direitos sociais prestacionais, que não se efetivam por si só, mas tem sua eficácia relativizada pela eventual abstenção de um destes poderes.

Logo, discute-se muito a respeito da possibilidade do pleito, perante o Poder Judiciário, por aquele que tem seu direito social tolhido em face da omissão dos demais Poderes.

Torna-se necessária e inafastável, portanto, a apreciação dessas causas pelo Poder Judiciário e intervenção nas hipóteses em que o Legislativo deixe de atuar, por exemplo, prevendo orçamento para a concretização do direito social ou, o Executivo na falha ou inexecução das políticas públicas destinadas a tal fim, sem que fira o princípio da separação dos poderes. Afinal, a obrigação estatal de concretizar os ditames constitucionais legitima o Poder Judiciário para agir extraordinariamente, quando invocado, respeitando o princípio da inércia, a fim de garantir a fruição dos direitos fundamentais do homem.

Para tanto, deve atuar pautado no princípio da ponderação e proporcionalidade das decisões a fim de que direitos fundamentais essenciais não restem sobremaneira prejudicados

em detrimento de direitos outros.

2 DIREITO SOCIAIS

O reconhecimento dos direitos inatos ao homem é resultado de várias fontes, desde a tradição e os costumes estabelecidos numa determinada sociedade, como os pensamentos jusfilósofos, o cristianismo e o *jusnaturalismo*. Neste sentido, Alexandre de Moraes afirma que

> essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno contemporâneo. (MORAES, 2007, p. 01).

Aos poucos, os direitos humanos migraram do plano da metafísica e passaram a integrar a ordem institucional. Momento em que, de forma concreta e material, vieram a constituir a universalidade dos direitos humanos. O que reflete que a noção de que tais direitos é mais remota do que o próprio constitucionalismo.

Por fim, Norberto Bobbio afirma que os direitos humanos, a democracia e a paz são virtudes indissociáveis e interdependentes, vez que

> o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional.(BOBBIO, 2004, p. 204).

O extenso lastro no qual se firmaram os direitos fundamentais do homem cuidou de prevê-los. No entanto, a tutela efetiva de tais direitos ainda é um desafio a ser alcançado hodiernamente.

2.1 Histórico

Em meados do Século XVIII, com o fim da monarquia absolutista, instituiu-se o Estado Liberal. Neste, finalmente, a burguesia conquistou seu ideal de liberdade, ensejando formalmente o reconhecimento de direitos de defesa.

Surgiram neste momento, declaradamente, os direitos fundamentais de primeira dimensão, os quais

> tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2009, p. 563-564).

Esses têm a finalidade de sinalizar o limite até o qual a atuação do poder público deverá ocorrer, de maneira a não infringir a ceara de direitos pertinentes ao indivíduo em virtude de sua própria condição humana.

Afinal, conforme destaca José Joaquim Gomes Canotilho,

> a economia capitalista necessitava de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. (CANOTILHO, 2003, p. 109)

Posteriormente, os direitos de segunda geração garantiram ao homem sua condição de cidadão da sociedade. Tanto é que Marçal Justen Filho refere-se a eles

> como direitos fundamentais democráticos, afirmando que estes envolvem a participação política dos cidadãos, a existência de eleições periódicas com sufrágio universal, o direito de petição e o devido processo legal e o acesso aos cargos públicos. (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 151).

A verdade dos fatos, logo ficou evidente: de que a “beneficie” da não intervenção estatal não contemplaria a todas as classes. Desta feita, a exploração do trabalho prejudicou fortemente a condição de vida dos trabalhadores que se organizaram a fim de motivar a manutenção do capitalismo liberal.

A crise do capitalismo chegou ao seu ápice em 1870, o que considerando a intensa pressão popular e o movimento operário, motivou o governo a promover reformas significativas, dando margem ao início do Estado do Bem-Estar Social. A respeito disso, Paulo Bonavi-

des faz as seguintes considerações:

> Alcançá-lo, já foi difícil; conservá-lo, parece impossível. E, no entanto, é o estado a que damos, do ponto de vista doutrinário, valoração máxima e essencial, por afigurar-se-nos aquele que busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social e a paz econômica. (BONAVIDES, 2007, p. 187).

Surgem então, no bojo do Estado Social, os direitos de terceira dimensão, como resposta às necessidades do proletariado. Diferentemente dos primeiros, exigem do Estado que não mais se abstenha de todos os atos, mas que intervenha a fim de afastar a desigualdade e proporcionar critérios mínimos para a dignidade da pessoa humana.

No que se refere a esta mudança de paradigma, Norberto Bobbio explica que

> Enquanto os direitos de liberdade nascem contra os superpoderes do Estado - e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração meramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, ampliação dos poderes do Estado. (BOBBIO, 2004, p. 67).

Trata-se dos direitos sociais fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam: de saúde, educação, moradia, cultura, econômicos e coletivos que, via de regra, não se concretizam por si mesmos, mas por uma conduta positiva do próprio particular e quando necessário, do poder público.

Sobre o assunto, Fábio Konder Comparato afirma que,

> Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente. (COMPARATO, 2010. p. 77).

Ainda que fruto também de muitos debates filosóficos e políticos, os direitos fundamentais de terceira dimensão foram objeto de baixa normatividade ou de eficácia duvidosa, a ponto de serem remetidos à chamada esfera de norma programática. Razão pela qual, diversas Constituições, inclusive a brasileira, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais a fim de pô-los no mesmo bojo de efetividade dos primeiros.

As demais dimensões de direitos fundamentais foram e continuam desenvolvendo-se juntamente com a dinâmica da sociedade, renovando-se e estabelecendo, cada vez mais, novos horizontes inafastáveis à vida humana digna.

2.2 Constituição Federal

Muito embora o Poder Constituinte tenha promovido diversos textos constitucionais ao longo das décadas, assevera José Afonso da Silva que a normatividade constitucional dos direitos sociais no Brasil "principiou com a Constituição de 1934" (SILVA, 2008. p. 184), que *a priori,* tratava-se de norma de conteúdo programático, à qual ao longo do tempo foi dada maior efetividade.

Sobre o assunto, Luís Roberto Barroso afirma que "observando a variável intensidade com que as normas de direito são imperativas, a doutrina as distinguiu em cogentes e dispositivas". (BARROSO, 2009, p. 75).

Classificam-se, portanto, como cogentes as normas impositivas, determinantes de uma conduta ou proibitivas desta, em que não cabe ao destinatário dispor de forma diversa. Por outro lado, são dispositivas as normas que possibilitam ao destinatário a liberdade de decidir conforme a norma ou não, aplicando-se o dispositivo legal apenas na situação de omissão ou obscuridade da vontade do interessado.

É evidente que não cabe ao legislador ordinário ou ao executivo dispor discricionariamente de direitos fundamentais, mas sim, proporcionar e promover políticas públicas com o fito de concretizá-los. Ademais, a Carta Magna de 1988 foi o grande marco que instaurou um novo momento no direito constitucional brasileiro, vez que o legislador constituinte tratou de estabelecer princípios, dotados de elevada carga axiológica, a fim de tutelar e salvaguardar a dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos. Preocupado não apenas em declarar direitos, mas propiciar meios capazes de efetivá-los.

Observa-se, a partir de então, a tentativa de reaproximar a ética do direito, conforme apregoa o idealismo kantiano, fundado na moralidade, dignidade, direito cosmopolita e a paz perpétua. (PIOVESAN, 2012, p. 84-85). Tanto é que a respeito deste fenômeno, Jorge Miranda assinala que:

> A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. (MIRANDA, 1988, p. 166).

A partir do fenômeno de constitucionalização, a dignidade da pessoa humana passa nitidamente a ser o vértice fundante de todo ordenamento jurídico.

2.3 Conceito

Os direitos sociais refletem as necessidades humanas, consistentes em saúde, educação, moradia, cultura, dentre outras, que podem ser

> satisfeitas individual e privadamente ou por meio dos mecanismos econômicos não estatais. Mas nem todas podem ser satisfeitas sem a intervenção do Estado. E nem todas as pessoas dispõem de condições idênticas para promover a autossatisfação de suas necessidades essenciais. Há um dever difuso de solidariedade. (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 151).

Em relação a eles, assevera o professor José Afonso da Silva, que se tratam de

> prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (SILVA, 2011. p. 286).

Afirmando ainda, que são pressupostos do gozo dos direitos individuais, vez que propiciam condições materiais favoráveis à garantia da igualdade real, a qual possibilita condição mais propícia ao efetivo exercício da liberdade. (SILVA, 2008, p. 184).

Muito embora os direitos sociais, via de regra, sejam classificados meramente como prestacionais, proveniente de um agir do ente estatal a fim de assegurar a igualdade, Robert Alexy os diferencia em dois aspectos: em sentido amplo, referindo-se às prestações correspondentes à

> atuação positiva do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção, já decorrentes da sua condição de Estado Democrático de Direito e não propriamente como garante de padrões mínimos de justiça social, ao passo que os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) dizem com direitos a algo (prestações fáticas) decorrentes da atuação do Estado como Estado Social. (ALEXY, 2011)

Contudo, parece mais correto o posicionamento de que os direitos sociais também visam a assegurar e a proteger determinados bens jurídicos de maior vulnerabilidade frente ao Estado, como os seguimentos econômico e social dos trabalhadores, razão pela qual

> o qualificativo social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia da segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestadas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna. (SARLET, FIGUEIREDO, 2008, p. 17).

Insta salientar, que a tais direitos, sujeitos à lógica do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, foi conferida a máxima eficácia e efetividade possível, observando, contudo, os contornos fático-jurídicos de cada caso concreto. Afinal, não se pode esquecer que teoria e prática nem sempre andam juntas. Razão pela qual Norberto Bobbio afirma que

> descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. (...) à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. (BOBBIO, 2004, p. 60).

Visando a amenizar a problemática, intimamente relacionada à consagração do direito à assistência social, surgiu, na Alemanha (OLSEN, 2008, p.315), no pós II Guerra Mundial, o debate a respeito de estabelecerem-se condições materiais mínimas para a existência humana digna.

No Brasil, tal princípio ganhou destaque ao estabelecer, a Constituição Federal, como objetivos fundamentais da República: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3º, III)” e, neste sentido, a professora Ana Carolina Lopes Olsen aduz que a noção de mínimo existencial passa então a fornecer um parâmetro material de aferição da possibilidade de sua aplicação no que tange à reserva do possível. (OLSEN, 2008, p. 310)

Em seus estudos mais aprofundados, ela ressalta a teoria analítica de Robert Alexy sobre o mínimo existencial, tendo este surgido da correlação entre princípios de dignidade da pessoa humana e igualdade material, bem como a separação e a competência dos poderes e seus limites definidos pelos direitos fundamentais. Baseado no autor germânico, Olsen sustenta da seguinte forma:

> a) o princípio da separação dos poderes e a vinculação orçamentária não são absolutos, pois encontram limites dentro da própria Constituição, nem são fins em si mesmos, mas meios para atingir os fins constitucionais (dentre os quais a proteção da dignidade da pessoa humana; b) O conteúdo da dignidade humana é muito importan-

> te para ser deixada ao arbítrio do legislador, de modo que sua competência pode ser minorada (ideia reitora). A proporcionalidade entra para se evitar a que a proteção do mínimo existencial onere excessivamente outros direitos (de terceiros) ou princípios constitucionais. (ALEXY, 2008, p. 310).

O mínimo existencial é “exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que a todo homem tem direito; é o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana” (ALEXY, 2011), no entanto, vale ressaltar que “a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta”. (SARLET, FIGUEIREDO, 2008, p.22).

É preciso, cautela ao afirmar quais objetos contemplam o mínimo existencial, afinal, deve este buscar sempre acompanhar os largos passos que a evolução social dá ao longo da história, vez que a conquista de direitos humanos jamais será estanque, como bem explica Norberto Bobbio:

> os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua se modificando com a mudança das condições históricas. (BOBBIO, 2004, p.18)

Contudo, ideia de mínimo existencial não pode se confundir com a de direitos sociais *stricto sensu*. Afinal, de igual proporção aos direitos fundamentais, o mínimo existencial sofre alterações ao acompanhar a sociedade e seu desenvolvimento econômico social, mas deve sempre prezar pela essencialidade do núcleo vital e essencial de dignidade.

3 PRESTAÇÃO JUDICIAL E ATIVIDADE ESTATAL

Ao longo das modificações que o Estado veio sofrendo em resposta aos momentos sociais, o centro de suas decisões alternou-se entre seus três poderes a fim de cumprir sua função estatal. Haja vista que

> no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na Economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (STRECK, 2004, p. 55).

Motivo pelo qual, hodiernamente os Tribunais de Justiça têm entendido que o Judiciário também deve assegurar a concretização dos direitos fundamentais quando demais Poderes eventualmente venham a falhar. Assim apregoa Marçal Justen Filho ao afirmar que

> a organização do Estado, a separação de poderes, a criação de órgãos de controle se orientam a assegurar que o desenvolvimento das atividades estatais será feito de modo compatível com a preservação dos direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 154.).

Neste cenário, entendia-se que o juiz que outrora encontrava-se adstrito aos conflitos particulares, trilhando linearmente sob os comandos da lei, passa a atuar consubstanciado nos critérios de justiça elencados na Constituição, prezando pela defesa dos direitos fundamentais e da coletividade. Aliás, sobre o assunto, o Ministro Gilmar Mendes confirma o entendimento de ser legítima a intervenção do Poder Judiciário no que tange à implementação de políticas públicas, quando configurada a hipótese injustificável de inércia estatal ou abuso por parte do ente governamental. (STF, 2012)

Assim sendo, é necessário desenhar um novo modelo de juiz, um novo conceito de Poder Judiciário, "já que seu fundamento de atuação passa a ser justificado não mais pela separação de poderes, mas sim pela proteção dos direitos fundamentais" (OLIVEIRA NETO, 2008).

Para Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, deve-se vislumbrar o ativismo judicial como natural consequência do Estado Democrático de Direito com perfil social. Destarte, ao invés de negar tal possibilidade de efetividade de direitos constitucionais inescusáveis, a melhor alternativa é buscar formas de solução em casos de atuação inadequada, disponibilizando instrumentos hábeis a fim de corrigir eventuais excessos.

Quanto à omissão injustificada da administração em tornar efetivas as políticas públicas referentes à promoção da dignidade da pessoa humana e preceitos constitucionais fundamentais, defende o Ministro Humberto Martins, que "não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário". (MARTINS, 2009)

3.1 Direito de Ação

Já restou afastada a classificação dos direitos fundamentais sociais como norma de conteúdo meramente programático. No entanto, a grande questão é: se tais direitos seriam capazes de gerar imposição jurídica subjetiva, oponíveis pelo próprio indivíduo ainda que não tenham sido regulados pelo Legislativo.

Ora, se a realização das políticas públicas para a garantia de direitos sociais enseja um ato discricionário do administrador público, é neste caso que

> o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para a contenção do administrador dentro dos limites da liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo. (MELLO, 2008, p. 29).

Diante da escassez de recursos financeiros, o Estado, sob o crivo da discricionariedade, escolhe direitos primários, a serem perseguidos com mais afinco. A questão que aqui se instaura refere-se a possibilidade daqueles que foram preteridos de buscarem, por meio do Poder Judiciário, a tutela de seus direitos.

Sobre o assunto, Ana Paula de Barcellos traça forte posicionamento, sustentando que, de fato, a competência é do Poder Judiciário em determinar o fornecimento do mínimo existencial, como mera consequência à ordem constitucional no que tange à dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2002, p.272-277).

Ademais, assevera que cabe-lhe também,

> implementar as opções políticas juridicizadas que vierem a ser tomadas nas matérias além do mínimo existencial, na forma das leis editadas. Quanto ao mais, compete-lhe apenas zelar pela aplicação das outras modalidades de eficácia: negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso. (...) A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e a suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde – não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer – é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e tem sua percepção distorcida (BARCELLOS, 2002, p. 272-277).

Sobre o assunto Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo são incisivos ao sustentarem que

> assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos

> direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social. (SARLET, FIGUEIREDO, 2008. p. 31).

Neste sentido, Osvaldo Canela Junior afirma que

> a atuação jurisdicional reflete, portanto, atividade corretiva do Estado-juiz, com o precípuo propósito de atender aos objetivos estatais, mediante a satisfação integral dos direitos fundamentais sociais, fator que assegura a unidade do sistema. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 95).

Afinal, não há como exigir do cidadão de direitos que permaneça a mercê da abstenção do Poder Público em prover-lhe seu direito fundamental, afinal a própria Constituição Federal dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXV).

4 OBRIGAÇÃO ESTATAL E SEUS PRINCÍPIOS REGENTES

No atual modelo de Estado Democrático de Direito, ao passo que a Constituição Federal lhe confere o poder administrativo para dirimir conflitos, proporcionar segurança social e prezar pelo bem da coletividade; detém, o ente estatal, o dever irrenunciável e obrigatório do exercício destas prerrogativas, para o bem comum, no estrito limite da legalidade. Neste sentido, o professor José dos Santos Carvalho Filho esclarece que,

> as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em ultima estância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes. (CARVALHO FILHO, 2009. p. 42).

A respeito desta prerrogativa concedida ao Estado Social, António E. Perez Luño, sob o prisma da igualdade, sustenta que

> os poderes públicos assumem a responsabilidade de proporcionar à generalidade dos cidadãos as prestações a serviços públicos adequados para subvencionar suas necessidades vitais, é dizer, vela pelo que a doutrina alemã denomina de procura existencial (Daseinvorsorge). (PEREZ LUÑO, 1993, p. 193)

No atual modelo hermenêutico neoconstitucional, a Carta Magna deve nortear e condicionar todo o sistema jurídico do país, logo, estabelece também os limites de atuação do Poder Executivo, tanto quanto determina que os direitos sociais fundamentais devam ser salvaguardados por este.

É por isso que se diz que ao Estado é conferido o poder-dever de agir, uma vez que não pode esquivar-se do estrito cumprimento da lei tanto para agir, quanto para se omitir.

Entende-se por poderes administrativos o "conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins" (CARVALHO FILHO, 2009. p. 46), sendo que, estas, dividem-se em Poder Discricionário, Poder Regulamentar e Poder de Polícia.

Dentre estes, a atividade prestacional de assistência social se dá por meio do poder discricionário, ao qual é conferida a possibilidade de valoração da conduta sob os critérios de conveniência e oportunidade, visando sempre o interesse público. Podendo ser definido como "a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público" (CARVALHO FILHO, 2009, p. 47).

Seja qual for o ato da Administração Pública, deverá ser regido pelos princípios basilares desta, instituídos pela própria Constituição Federal, quais sejam o da legalidade, da impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência.

Acerca da incidência do princípio da legalidade sobre os atos da Administração, Celso Antônio Bandeira de Mello declara que "o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares". (MELLO, 2008).

O Estado, por meio dos seus poderes, deve concretizar os direitos constitucionalmente previstos, concedendo-lhes a efetividade necessária. Fenômeno este que Luís Roberto Barroso define como

> a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser a realidade social. (BARROSO, 2009, p. 82-83).

Dar efetividade aos direitos sociais consiste em prover, ao sujeito de direitos que não tem condições financeiras, um conteúdo de dignidade e igualdade, garantindo-lhe o mínimo existencial digno.

4.1 Serviço Público

Vários são os critérios de definição do serviço público, tais como o subjetivo, objetivo, orgânico, formal e material, a partir dos quais para José dos Santos Carvalho Filho, devem ser considerados conjuntamente na “formação da moderna fisionomia que marca a noção de serviços públicos”. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 308).

No entanto, dois de seus aspectos apresentam maior relevância e inserção nos conceitos firmados pela doutrina majoritária: o subjetivo e o objetivo. No que se refere ao primeiro, afirma que “leva em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade”. Por outro lado, no sentido objetivo, afirma que “é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 307). E, na mesma esteira, sustenta Hely Lopes Meirelles que

> serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. (MEIRESLLES, 2009, p.332).

A própria Constituição Federal cuidou de indicar expressamente quais serviços são de ordem pública e, portanto, de prestação, direta ou indireta, obrigatória de competência das entidades públicas, acerca do que Celso Antonio Bandeira de Mello os classificou da seguinte forma:

> a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois, que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros. (MELLO, 2008, p. 676).

Segundo ele, há cinco tipos de serviço aos quais impossibilitada está a Administração Pública de permitir sua prestabilidade exclusiva por meio de terceiros, são eles: “1) de educação, 2) de saúde, 3) de previdência social, 4) de assistência social e 5) de radiofusão sonora e de sons e imagens”. (MELLO, 2008, p. 677). Assim sendo, a garantia dos direitos soci-

ais prestacionais enquadra-se nos serviços que podem ser prestados por terceiros, mas que a Administração Pública não pode permitir a sua ausência, em virtude de obrigação constitucional, vez que são fundamentais à dignidade da pessoa humana.

Assim, o Estado, por meio de políticas públicas, concretiza a fruição destes direitos por aqueles que não podem por si próprios proverem. Neste sentido, Maria Paula Dallari Bucci define as políticas públicas como "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados". (BUCCI, 2002, p. 241).

Trata-se de ato administrativo, consistente na "conversão de decisões privadas em decisões e ações públicas, que afetam a todos" (ROSSATO, 2011, p.112), razão pela qual poderá sofrer o controle das escolhas feitas pelos representantes dos poderes constituídos.

Jamais poderá se esquivar da vinculação que tais decisões tem em face do interesse público, visando assegurar as orientações constitucionalmente instituídas pela Carga Magna de 1988. Razão pela qual

> Nenhuma política pública será valida se estiver em desacordo com o ideais do constituinte de 1988, ou se "colocar em xeque" a efetividade das normas constitucionais sob o pretexto de não haver exigência objetiva de atendimento aos seus ditames. (ROSSATO, 2011, p.112)

Dois obstáculos têm sido enfrentados frequentemente no que se refere à efetividade aos direitos sociais: "uma virtual impossibilidade de interferência nas políticas públicas, notadamente por gerar mudanças nos orçamentos e despesas públicas e, um criado limite fático denominado 'reserva do possível'" (ROSSATO, 2011, p.112), os quais devem ser devidamente analisados e, dadas as relevâncias e circunstâncias que permeiam o caso concreto, afastados.

4.2 Limites

Por mais que sejam os direitos fundamentais essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana, observa-se que estes não são por si absolutos, mas podem ter sua efetividade relativizada quando no caso concreto se sobreponha outro direito fundamental de igual ou su-

perior essencialidade.

No que se refere à eventual colisão de princípios, Robert Alexy assevera que um dos princípios deverá ceder em detrimento do outro. O que não significa que este seja inválido, mas apenas que diante das circunstâncias que contornam o caso concreto, tais direitos acabam por receberem pesos distintos e assim, um prevalece sobre o outro. (ALEXY, 2011, p.93-94).

Sustenta, ainda, que "o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos". (ALEXY, 2011, p. 117-118).

Por outro lado, a viabilidade de exercício dos direitos sociais envolve sobremaneira a ordem econômica, certo de que sua efetividade despende, via de regra, de elevados montantes financeiros públicos.

Desta feita, a doutrina brasileira, fazendo-se valer da construção dogmática alemã, qual seja a teoria da reserva do possível (*Vorbehalt dês Moglichen*) busca justificar a não prestação pública, direta ou indireta, de tais direitos em decorrência da impossibilidade jurídica ou financeira orçamentária.

4.3 Reserva do Possível

Emergente da doutrina alemã, a denominada cláusula da reserva do financeiramente possível tem sido comumente invocada quando se trata de restrição à efetiva prestação do direito social. (SARLET, 2001, p. 265).

Sobre o assunto, José dos Santos Carvalho Filho afirma que a reserva do possível visa "indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros" (CARVALHO FILHO, 2009, p. 43). Logo, os recursos públicos devem ser aplicados prioritariamente no atendimento das necessidades essenciais da população.

Assevera, ainda, que nas situações em que haja imposição expressamente legal, não poderá a Administração Pública omitir-se. Sendo, portanto, ilegal a omissão específica ou, quando mesmo sem prazo fixado, mantenha-se inerte por período superior ao aceitável dentro dos padrões de tolerância ou razoabilidade. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 43).

Aprofundando-se ao estudo, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueire-

do trabalham uma tríplice dimensão da teoria da reserva do possível, a partir da qual abrange, em síntese:

> a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas (...); c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2008, p. 30).

Asseveram, ainda, que não se trata de elemento integrante dos direitos fundamentais e que jamais pode ser visto como limite imanente, mas deve constituir uma espécie de limite jurídico e fático destes. Podendo, por outro lado, servir de garantia à concretude de certos direitos ante o conflito destes, pautando-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (SARLET, 2008, p. 30).

Verifica-se, portanto, que a aplicação da reserva do possível deve ser analisada em seus diversos aspectos, considerada toda a sua complexidade, a fim de que a máxima efetivação dos direitos sociais ante ao atual status constitucional que nos é dado seja garantida.

5 VISÃO JURISPRUDENCIAL E PONDERAÇÃO

Certamente que algumas vezes, o orçamento público não comporta a integral satisfação do direito social. No entanto, com frequência a Administração Pública tem se acobertado sob o manto da reserva do possível e, artificialmente, sem comprovar qualquer impossibilidade jurídica ou econômica.

Tanto é, que em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no que tange á tal discussão, o Ministro Celso de Mello sustentou que

> A cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STF. RE 436-996-6, 2005)

Este é o problema da importação de teorias provenientes de contexto social,

econômico, político e sistema jurídico distintos. Afinal, outras foram as condições que trouxeram à tona na Alemanha a teoria da reserva do financeiramente possível, e esta não é oponível a toda e qualquer circunstancia, como ocorre no Brasil. Pelo contrário, sua arguição deve se dar mediante a análise fática.

Em razão disso, *não há como comparar sociedades diversas, ainda que coexistentes contemporaneamente, elegendo as instituições de uma como padrão de avaliação das instituições da outra. (JUSTEN FILHO, 2011).*

Diante disso, sustenta, Marçal Justen Filho que a mera inserção de sofisticados institutos, construídos ao longo de séculos, numa determinada sociedade de cultura menos desenvolvida provavelmente sofrerá alterações imprevisíveis (JUSTEN FILHO, 2002, p. 287). A tal fenômeno, os antropólogos denominam de "*Trobriand Cricket*".

O estudo do Direito Comparado é de extrema relevância para o desenvolvimento jurídico, no entanto, o conhecimento legislativo nacional é tão indispensável quanto do estrangeiro, bem como a estrutura social e econômica de ambos os países. Desta feita, a importação de institutos jurídicos deve ocorrer com total cautela do operador do direito.

É evidente que a mera aplicação de institutos a casos concretos deve ser rechaçada a fim de que os direitos fundamentais restem salvaguardados. O grande entrave se instaura em virtude de um conflito de princípios, o qual deverá ser tido como relevante no caso concreto, fazendo-se valer da ponderação entre estes.

Neste sentido, Osvaldo Canela Junior sustenta que "a solução para tais hipóteses de exceção é a aplicação do princípio da proporcionalidade, sopesando-se os valores contrapostos e optando-se por aquele de maior relevância constitucional, dentro do contexto histórico-social" (CANELA JUNIOR, 2011, p. 95).

Por sua vez, Ana Paula de Barcellos por meio de um estudo aprofundado acerca da ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional propõe que a técnica de ponderação se dê em três etapas distintas, considerando que tal metodologia apenas deverá ser utilizada "quando o conflito em epígrafe não puder ser superado por técnicas tradicionais de solução de antinomias, por envolver uma disputa grave entre valores ou opções políticas" (BARCELLOS, 2005, p. 92).

Primeiramente, a doutrinadora supracitada sustenta que o intérprete deverá "identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão

e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto" (BARCELLOS, 2005, p. 92-96). Devendo tais enunciados restringirem-se a comandos jurídicos a fim de se que resguarde a determinação democrática e a legitimidade ponderativa, no sentido de que as diferentes pretensões restem devidamente vinculadas ao sistema jurídico.

A segunda etapa consiste na apuração dos "aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior" (BARCELLOS, 2005, p. 92, 115-123), daí verifica-se a essencialidade de análise em cada caso concreto.

Por fim, a terceira etapa irá definir qual das soluções deverá prevalecer, estabelecendo os pesos de cada um com o fito de verificar se "é possível conciliar os diferentes elementos normativos ou se algum deles deve preponderar e, afinal, qual a norma que dará solução ao caso" (BARCELLOS, 2005, p. 123-124).

O procedimento de apuração acerca da ponderação entre direitos fundamentais em conflito deve seguir minuciosamente analisado a fim que não haja desproporcionalidade entre o bem jurídico protegido e aquele que foi restrito ou denegado.

A fim de analisar a aplicabilidade da ponderação ao caso concreto, toma-se por base dois exemplos. O primeiro, no qual o pedido extrapola os limites do mínimo existencial, vez que o pleiteante requer perante o judiciário a determinação de que a Administração Pública conceda-lhe fraldas geriátricas. No entanto, a decisão foi prolatada no sentido de que o objeto perquirido trata-se de insumo referente à higiene, sendo que este poderia ser suprido por outros meios. Além do que, o Estado deve priorizar necessidades maiores, por exemplo, tratamentos médicos essenciais à saúde, como se vê pela ementa do julgado:

> CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PROTOCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO SUS. INSUMO (FRALDA GERIÁTRICA). EXCLUSÃO. RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS. PRIORIDADES.
>
> A lógica do razoável sugere que a não inclusão de insumos em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS decorreu de decisão administrativa, voltada à destinação prioritária dos recursos da saúde ao custeio de produtos de maior necessidade (sobretudo fármacos), cuja falta o paciente não poderia suprir por outros meios. RECURSO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. (TJRS, Apelação Cível nº 70045721578, 2012)

Percebe-se, portanto, que na analise da situação fática, entendeu-se que as fraldas geriátricas não são essenciais e indispensáveis à vida digna. Sendo que, tal direito restou preterido quando contraposto à disponibilização de medicamentos de maior necessidade, eis que estes não poderiam ser supridos por maneira diversa.

Por outro lado, no segundo exemplo, o Poder Judiciário entendeu por bem conceder o pleito de fornecimento de medicamento à pessoa portadora de doença grave, eis que tal enfermidade fere o mínimo existencial digno deste e que por si próprio não possui recursos econômicos suficientes para sequenciar o tratamento.

> MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE À POPULAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO AFASTA ESSE DIREITO FUNDAMENTAL, CUJO DESCUMPRIMENTO PERMITE A CHAMADA "JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS". REEXAME NECESSÁRIO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SEGUIMENTO NEGADO. SENTENÇA MANTIDA. (1) A prestação de assistência à saúde é direito de todos e dever do Estado, assim entendido em sentido amplo, co-obrigando União, Estados e Municípios, podendo a ação ser dirigida em face de qualquer um desses entes federados, em conjunto ou separadamente. (2) A inexistência de previsão orçamentária não justifica a recusa ao fornecimento de remédio a pessoa portadora de doença grave e carente de recursos econômicos, visto tratar-se de dever do Estado, em sentido amplo, e direito fundamental do cidadão. Nessa perspectiva mais abrangente, do enfoque constitucional dos direitos e deveres envolvidos no caso concreto, afasta-se a discricionariedade dos atos administrativos, permitindo-se a chamada "judiciabilidade das políticas públicas", impondo-se ao Poder Público a superação de eventuais obstáculos através de mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico, pois no plano das políticas públicas onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva ou omissiva em face da autoridade e/ou do órgão competente. (TJPR, Reex. Nec. nº 0770465-6, 2011)

Neste, por sua vez, constata-se que o medicamento foi concedido levando em conta a gravidade do estado de saúde, bem como as condições econômicas do pleiteante contraposto ao suposto déficit orçamentário do ente estatal.

Em diversas outras situações é possível averiguar que a mera alegação da reserva do possível sem fundamentada e comprovada sustentação, fática ou jurídica, da Administra-

ção Pública não afasta a obrigatoriedade de prestação dos direitos sociais àquele que deles necessita irremediavelmente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual dimensão dos direitos fundamentais sociais do homem se dá sob a perspectiva inafastável da dignidade da pessoa humana, vértice fundante da Constituição Federal e, consequentemente, de todo o ordenamento jurídico.

Deverá, portanto, o Estado atuar a fim de amenizar ao máximo as desigualdades formais e materiais existentes na sociedade, viabilizando o chamado “mínimo existencial”. Não apenas com o fito de possibilitar uma sobrevivência às circunstâncias que eventualmente o cidadão esteja submetido, mas sim, proporcionar-lhe uma vida digna, com os valores que lhes são pertinentes e os direitos constitucionalmente estabelecidos em sua completude.

Não se trata aqui de norma meramente programática, mas de direito fundamental inescusável. Mas de direito humano ao qual dá o texto constitucional efetividade máxima, logo, o administrador deverá proporcionar políticas públicas suficientes, conduzi-las e executá-las a fim de garanti-los.

Com efeito, não poderá se esperar, muito menos exigir a intervenção estatal e a movimentação dos cofres públicos para aqueles que possuem condições próprias de sustento e gozo pleno de seus direitos fundamentais. Doutra sorte, sob a égide do atual Estado Solidário, não poderá tal ente afastar-se simplesmente da obrigação que lhe compete, qual seja de viabilizar o exercício de tais direitos àqueles que por si só não o podem alcançá-lo.

Mais do que pacificado na doutrina e jurisprudência, é garantido ao cidadão o direito de ação, perante o judiciário sempre que tenha direito fundamental seu tolhido por ação ou omissão de qualquer dos entes da federação. Da mesma forma, não há que se falar em prejuízo ao princípio da Separação dos Poderes, eis que a atuação do Poder Judiciário se dará apenas nos casos em que o Poder Legislativo e Executivo, eventualmente, não venha a prever e/ou executar as políticas públicas de modo a viabilizar o cumprimento a salvaguarda dos direitos fundamentais sociais prestacionais, eis que todos os poderes devem zelar pelo cumprimento da Constituição Federal.

No entanto, ao passo que as necessidades humanas mostram-se infinitas, o orçamento estatal não acompanha tal escala. Razão pela qual, nem sempre haverá condições, a Administração Pública, de corresponder prestativamente às penúrias que assolam os menos favorecidos.

Logo, se discute a impossibilidade de prestar esse direito, com fulcro na inexistência de recursos públicos, conforme apregoa a teoria da reserva do financeiramente possível. Trata-se de limitação fática e/ou jurídica oponível, mesmo que relativamente, à efetivação de direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional.

Contudo, a alegação desta teoria tem se tornado escudo do Poder Público frente às petições de concretização dos direitos sociais. Ora, jamais a mera invocação deste instituto poderia afastar a obrigação solidária de quaisquer dos entes da Administração Pública em salvaguardar tais direitos. Se há uma limitação, deverá esta ser comprovada, seja ela fática ou jurídica. E caso seja realmente comprovada, poderá, ainda o Judiciário determinar ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública perquirida.

É evidente que não poucas às vezes, poderá ocorrer a colisão de direitos fundamentais, contrapondo-se, ainda o interesse público ao individual, motivo pelo qual se faz necessário um processo de ponderação, analisando-se concretamente as peculiaridades do caso, as possíveis normas aplicáveis e a valoração dos direitos a fim de que injustiças sejam evitadas.

Durante o desenvolvimento desta pesquisa, verificou-se que as manifestações a cerca do tema, em sua grande maioria, refletem necessidades pertinentes ao direito fundamental à saúde. Verifica-se que o Judiciário tem reconhecido a reserva do possível, o mínimo existencial, a proporcionalidade, razoabilidade e demais assuntos vertentes da implementação e garantia dos direitos sociais.

Como se verificou nos casos abordados, enquanto que o pleito de fraldas geriátricas restou negado, em virtude de haver a possibilidade de o requerente supri-lo por outros meios e da Administração Pública poder direcionar seus custos para tratamentos a base de fármacos essencialmente necessários, no segundo caso, tendo em vista a doença grave do pleiteante, a impossibilidade financeira de autoprover seu medicamento, concedido foi seu pleito, no sentido de que não caberão alegações de impossibilidades financeiras, eis que a demanda

versa sobre direito fundamental social integrante necessário do mínimo existencial fundado na dignidade da pessoa humana.

O que causa espanto, em verdade, é a utilização da reserva do possível para todo e qualquer caso, sem fundamentação ou produção de provas da impossibilidade de prestação do direito, demonstrando a evidente tentativa de recusa a algo tão essencial, à vida.

Deverá nessas situações, o magistrado, decidir com emprego da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação, diante do caso concreto, a fim de que os direitos sociais possam ser celebrados ao máximo.

7 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 272-277.

______. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** São Paulo: Revonar, 2005. p. 92.

______. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

______. **Curso de direito constitucional.** 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

______. **Teoria geral do Estado.** 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde:** Tensão entre o “mínimo

existencial" e a "reserva do possível" na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASÍLIA, **Supremo Tribunal Federal.** RE 436-996-6. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 26 de outubro de 2005. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>. Acessado em: 02.10.2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo.** Vol. 2. Lisboa: Coimbra, 1973. p. 1043. *In*: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 308.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 109.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

_________. **Curso de direito administrativo**. 7. ed., ver. e atual. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. a

_________. **Agências reguladoras e democracia:** Existe um déficit democrático na "regulação independente"? *In:* O poder normativo das agências reguladoras. Coord. ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. b

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas.** *In:* Ação Civil Pública. MOLARÉ, Edis (coord.). Ed. RT, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível:** Direitos fundamentais a prestação e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Disponível em: <http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>.

Acessado em: 19/08/2012.

MARTINS, Humberto. **REsp 1.041.197/MS.** Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16.9.2009.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** v. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

______. **Direitos humanos fundamentais.** Teoria geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível:** Uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **O juiz como garantidor dos direitos fundamentais.** In: **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. OLIVEIRA NETO, Francisco José. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. [et al]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais:** Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Reex. Nec. nº 0770465-6. Rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira – j. 07/7/2011. Disponível em: < http://www.jfpr.jus.br/conteudo/sentencas-e-acordaos-principio-da-reserva-do-possivel/434>. Acessado em: 01/11/2012.

PEREZ LUÑO, António E. **Los derechos fundamentales.** 5. ed. Madrid: Tecnos, 1993. p. 193.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça.** Apelação Cível nº 70045721578. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21393427/apelacao-civel-ac-70045721578-rs-tjrs Acessado em: 05/11/2012.

______. **Tribunal de Justiça.** Apelação Cível nº 70045721578. Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 15/02/2012.

ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo, et al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, , 2001, p. 265

______. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

______, TIMM, Luciano Benetti. (Org.) **Direitos fundamentais orçamento e "reserva do possível".** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

______. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

STF. **RE 436-996-6**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 26 de outubro de 2005. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>. Acessado em: 02 de outubro de 2012.

STJ. Informativo STF nº 579. Disponível em: http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm#Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde -

SAITO, Tiemi. A Efetividade Dos Direitos Sociais Prestacionais à Luz da Reserva do Possível. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

COMO UTILIZAR ELEMENTOS DA ESTATÍSTICA DESCRITIVA NA JURIMETRIA

Márcia Milena Pivatto Serra[14]

RESUMO

O termo jurimetria é definido como a aplicação da estatística (ou de métodos quantitativos) aos estudos jurídicos. Estudos na área da Jurimetria são escassos no Brasil e mesmo em estudos internacionais estão restritos a alguns grupos específicos. O principal motivo talvez seja a dificuldade, ou mesmo o desconhecimento, das ferramentas estatísticas por parte dos juristas. Além disso, como o objeto dos estudos jurídicos são as leis, a maioria dos estudos tem uma concepção mais teórica deixando de lado as características concretas e/ou empíricas dos processos jurídicos. Os estudos jurídicos empíricos podem ser tanto qualitativos quanto quantitativos, sendo que a estatística é a ferramenta adequada para a análise de estudos empíricos quantitativos. Tal análise poderia revelar características concretas do processo jurídico que está sendo analisado. O objetivo deste artigo é apresentar as principais ferramentas da estatística descritiva e mostrar como elas podem auxiliar o pesquisador em seus estudo jurídicos. Para isso, as ferramentas estatísticas foram apresentadas de uma forma simples, sem o comprometimento metodológico.

Palavras-chave

Estatística Jurídica; Estudos Empíricos legais; Jurimetria

ABSTRACT

The term Jurimetrics is defined as an application of Statistics (or of quantitative methods)to Juridical studies. Studies in the area of Jurimetrics are still rare in Brazil, and even international studies are restricted to specific groups. Perhaps the main reason for that is the difficulty (or even lack of knowledge) jurists might have concerning statistic tools. Furthermore, as the main study object of jurists are the Laws, most studies have a more theoretical approach, leaving aside the empirical and/or concrete characteristics of juridical processes. The empirical legal studies can be both qualitative and quantitative, the statistic is the appropriate tool for the analysis of quantitative empirical studies. Such analysis could reveal specific characteristics of the legal process analyzed. The objective of this article is to present the main tools of descriptive statistics and show how they can help juridical researchers. In order to achieve that, statistics tools were presented in a simple way, not regarding methodological commitments.

Keywords

Statistics Legal, Empirical Legal Studies; Jurimetrics

[14] Professora do Curso de Administração de Empresas da Universidade Presbiteriana Mackenzie do Campus de Campinas, tem graduação e mestrado em Estatística e doutorado e pós-doutorado em demografia. Faz parte de grupo interdisciplinar de Pesquisa sobre Jurimetria do Mackenzie. e-mail: marcia.serra@mackenzie.br; mapiserra@terra.com.br

1 INTRODUÇÃO

O termo Jurimetria cunhado pelo advogado Lee Loevinger[2] na década de 60, pensado com uma forma de tornar as decisões judiciais (jurisprudência) experimentadas (como ocorre com os experimentos das ciências exatas) e não somente comentadas (HADDAD, 2010). Entendida como a aplicação dos métodos da Estatística e da Probabilidade ao estudo e elucidação dos fenômenos jurídicos (NUNES e COELHO, 2010; apud ARNOLDI, 2010), ou ainda, de uma forma mais abrangente, como estudos empíricos legais (HEISE, 2002). Se considerarmos a definição de Heise, a Jurimetria deveria compreender não somente estudos com uma abordagem quantitativa, mas também estudos com uma abordagem qualitativa, onde a estatística não seria uma ferramenta adequada de análise e sim métodos e técnicas como o estudo de caso, a investigação participativa, a observação participante, a análise interpretativa, os grupos focais, etc.

A Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) coloca a jurimetria como um ramo do conhecimento jurídico. Classicamente, o objeto de estudo do Direito são as análises das normas jurídicas, suas possíveis interpretações e os conceitos jurídicos de uma perspectiva teórica. Embora tal perspectiva seja fundamental, o estudo do direito não deveria se restringir apenas a análise dos possíveis significados das leis. A associação e autores como Nunes e Coelho (2010) colocam a importância de se estudar não apenas as leis e suas possíveis interpretações, mas também as características concretas dos processos jurídicos de decisão. É importante entender como os fatos, atos e negócios que concretizam o direito se dão no cotidiano da vida em sociedade.

> Tão importante quanto estudar o conceito legal de responsabilidade civil, de contrato e de sentença, é compreender quais as características das indenizações, dos contratos e das sentenças produzidas concretamente pelos operadores no seu dia-a-dia (NUNES e COELHO, 2010)

Desta forma, ferramentas como a jurimetria poderiam descrever como se dá, efetivamente, a dissuasão prática dos processos em que há conflitos de interesse.

A estatística é a metodologia adequada para o estudo empírico quantitativo de um universo de eventos. Segundo Escotet (1973 apud BISQUERRA, SARRIERA, MATÍNEZ, 2007) estatística é a técnica que computa, numera, mede fatos relacionados aos elementos de

---

[2] LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: the methodology of legal inquiry. Published by: Duke University School of Law. Law and Contemporary Problems, Vol. 28, No. 1, Jurimetrics (Winter, 1963), pp. 5-35

uma amostra ou população; coordena e classifica os dados obtidos com o objetivo de determinar suas causas, consequências e tendências, e se divide em estatística descritiva e estatística inferencial. A estatística descritiva compreende a coleta, tabulação, apresentação, análise, interpretação, representação gráfica e descrição dos dados coletados, facilitando sua compreensão e interpretação. Já a Estatística Inferencial pretende inferir características de uma população a partir de dados observados em uma amostra de indivíduos.

Embora autores como Sisk e Heise (2005) ao retomar o que chamaram de "O Grande Debate do Método Empírico de 2002" (“The Great Empirical Method Debate of 2002”), organizado pela University of Chicago Law Review, colocam que o Professor Lee Epstein revisou centenas de artigos empíricos e em muito deles observou a violação dos princípios inferenciais. A estatística inferencial não será abordada neste artigo.

As técnicas descritivas podem ser utilizadas tanto com dados amostrais como com dados populacionais, já as técnicas inferenciais somente fazem sentido quando se trata de dados amostrais. A população na estatística deve ser entendida de uma forma mais ampla do que meramente um conjunto de pessoas, mas sim como um conjunto de elementos com características em comum, definidas temporalmente e espacialmente, já a amostra seria um subconjunto qualquer desta população. Para fazer a inferência estatística é necessária uma amostra representativa dos dados populacionais preferencialmente randômica (aleatória), ou seja, obtida através de um sorteio probabilístico.

Dos elementos (ou indivíduos) de uma população ou amostra podemos levantar características, opiniões ou fatos que variam de indivíduo para indivíduo, as variáveis. As variáveis podem ser classificadas basicamente como variáveis qualitativas e quantitativas. Algumas variáveis como sexo, educação, estado civil, apresentam como realizações de uma qualidade (ou atributo) do indivíduo pesquisado e são chamadas qualitativas. Ao passo que outras, como número de filhos, idade, salário apresentam como possíveis realizações número resultantes de uma contagem ou mensuração e são chamadas quantitativas. Dentre as variáveis qualitativas podem-se distinguir as ordinais para as quais existe uma ordem como o grau de instrução[3], ou as nominais para as quais não existe nenhuma ordenação como o sexo e o estado civil. As quantitativas também sofrem uma classificação dicotômica, podendo ser classificadas em discretas, quando os possíveis valores formam um conjunto finito ou enumerável de

[3] O grau de escolaridade pode ser classificado, por exemplo, em analfabeto, primeiro grau incompleto, primeiro grau completo, segundo grau incompleto, segundo grau completo, superior incompleto e superior completo; e como se pode observar tais categorias podem ser ordenadas.

números, como por exemplo o número de filhos (0, 1, 2,...); ou em contínuas, quando os possíveis valores pertencem a um intervalo de número reais como a idade[4] (BUSSAB e MORETTIN, 2002).

As informações estatísticas devem ser devidamente coletadas e registradas sejam elas populacionais ou amostrais. Seja qual for o instrumento usado para obter as informações necessárias para o estudo em questão, deve-se garantir a boa qualidade do dado, levantando todas as variáveis necessárias para que o objetivo do estudo seja atingido.

O objetivo principal deste artigo é mostrar a utilização de algumas técnicas de estatística descritiva para analisar dados legais. O artigo também mostra como construir uma base de dados de forma adequada, para que se possa com o auxílio de planilhas eletrônicas ou softwares estatísticos específicos obter a tabulação dos mesmos. Sem a construção adequada da base de dados a tabulação dos dados jurídicos ficará comprometida ou mesmo impossibilitada.

2 BASE OU BANCO DE DADOS ESTATÍSTICOS

É importante ressaltar que os dados podem ser levantados pelo pesquisador (dado primário) ou podem ser usados dados secundários como os dados utilizados neste artigo. Para exemplificar a utilização de técnicas descritivas, neste artigo, serão utilizados os dados do Suplemento sobre Vitimização e Justiça da PNAD[5] (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em 2009.

Os dados podem ser obtidos por entrevistas estruturadas, como o caso da PNAD, ou podem ser levantados junto a arquivos, processos, etc. Podemos digitar os dados de mais de uma forma, entretanto a forma mais simples é digitar as perguntas (variáveis) nas colunas e os questionários (respostas) nas linhas. É importante codificarmos as perguntas de forma simples, alguns softwares tem limitações quanto ao número de caracteres utilizados na codificação das perguntas, as respostas (categorias de respostas) devem ser codificadas, utilizando nú-

[4] Podemos dizer, por exemplo, que um indivíduo tem 22,55 anos, ou seja, 22 anos, 5 meses e 15 dias.

[5] As PNAD´s são pesquisas amostrais com abrangência nacional, realizadas pelo IBGE desde 1967 em anos intercensitários, não abrangendo áreas rurais da antiga Região Norte (Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá) do Brasil.

meros, o que diminui a velocidade de digitação e evita que o computador classifique categorias iguais de forma diferente, uma vez que ao trabalharmos com caracteres, as maiúsculas são diferenciadas das minúsculas e caracteres podem passar desapercebidos aos nosso olhos, como por exemplo diferenciar 'MASCULINO' de 'masculino' ou ainda de 'Masculino'. Assim, antes de partirmos para a digitação dos dados propriamente dita, devemos codificar as variáveis, assim como as categorias de resposta, e elaborar um dicionário com a codificação, como o apresentado no Quadro 1.

Pode-se observa no Quadro 1 que a primeira variável é a V0301 e corresponde a uma codificação do questionários, que deve ser a mesma que aparece no questionário respondido pelo entrevistado. O dicionário deve ter onde se inicia o campo da variável caso não seja utilizado uma planilha eletrônica.

Quadro 1: Codificação parcial dos dados da PNAD 2009.

Posição Inicial	**Tamanho**	**Código de variável**	**Pergunta**		**Categorias**	
			N°	**Descrição**	**Codificação**	**Descrição**
1	2	V0301	1	Número de ordem	01 a 30	
3	1	V0302	2	Sexo	2	Masculino
					4	Feminino
27	3	V8005		Idade do morador na data de referência	000 a 120	Idade em anos
856	2	V2925	25	Área da situação de conflito **mais grave** que teve no período de 27 de setembro de 2004 à 26 de setembro de 2009	01	Trabalhista
					02	Criminal
					03	Família
					04	Terras / Moradia
					05	Serviços de Água, Luz e Telefone
					06	Impostos / Tributação
					07	Benefícios do INSS / Previdência
					08	Bancos / Instituições Financeiras
					09	Outros
					10	Não teve problema
						Não aplicável

Fonte: Dicionário de Variáveis de Pessoa – PNAD 2009 (retrabalhados pelo autor)

No Quadro 2, podemos observar a melhor maneira de digitarmos os dados estatísticos, em uma planilha eletrônica[6] como é o caso do Excel da Microsoft ou em um arquivo em ASCII[7], como é o caso da base de dados da PNAD. No quadro temos o exemplo de um pequeno banco de dados fictício, pois o banco de dados da PNAD é muito grande para ser colocado neste artigo. A primeira coluna corresponderia a uma codificação do questionário respondido para que seja possível uma recuperação dos dados originais no caso de alguma dúvida na digitação dos mesmos.

Quadro 2: Exemplo de digitação de banco de dados elaborados à partir da codificação parcial dos dados da PNAD 2009.

V0301	V0302	V8005	V2925
Q001	2	19	01
Q002	4	40	09
Q003	4	80	10
Q004	2	55	02

Fonte: Dados fictícios elaborados pelo autor

3 PRINCÍPIOS BÁSICOS DE ELABORAÇÃO DE UMA TABELA

Ao estudar uma variável deseja-se conhecer o seu comportamento, analisando a ocorrência de suas possíveis realizações, o que é chamado (na estatística) de tabela de distribuição de frequências. As tabelas cumprem a tarefa de ordenar e organizar os dados facilitando as análises e a conclusão.

É importante distinguir os quadros das tabelas, os quadros são definidos como arranjo predominante de palavras dispostas em linhas e colunas, com ou sem indicação de dados numéricos e diferenciam-se das tabelas por apresentarem um teor esquemático e descritivo. A apresentação dos quadros é semelhante à das tabelas, exceto pela colocação dos traços verticais em suas laterais e na separação das casas (veja os Quadros 1 e 2). Algumas normas de construção de tabelas devem ser respeitadas, como ter sempre um título acima da tabela, não

[6] Uma planilha consiste em linhas e colunas que se subdividem em células, refere-se a a cada célula pelo rótulo de classificação de coluna e da linha respectivas.

[7] American Standard Code for Information Interchange, que em português significa "Código Padrão Americano para o Intercâmbio de Informação", mas comumente utilizamos a sigla em inglês para referencia direta) é uma codificação de caracteres de sete bits baseada no alfabeto inglês.

ser fechada das laterais, conter elementos essências como cabeçalho e a coluna indicadora e ser autoexplicativa. Um maior detalhamento pode ser encontrado em manuais como o de “Normas de Apresentação Tabular” do IBGE (IBGE, 1993).

A Tabela 1 traz um exemplo de tabela dos dados sobre Vitimização e Justiça da PNAD 2009, e podemos observar a presença de valores relativos (o percentual), além de valores absolutos. Nela observamos que para o Brasil as áreas de conflito mais grave nos últimos cinco anos são: trabalhista (23,6%) e família (22,5%).

Tabela 1: Distribuição de frequência dos entrevistados com 18 anos ou mais que se envolveram em conflito grave nos últimos cinco anos, segundo área de conflito (Suplemento Vitimização e Justiça da PNAD), Brasil, 2009.

Área de conflito mais grave nos últimos 5 anos	Nº de entrevistados	%
Trabalhista	6305	23.6%
Criminal	3471	13.0%
Família	6008	22.5%
Terras//Moradia	1275	4.8%
Serviços de água, luz e telefone	2555	9.5%
Impostos/tributação	292	1.1%
Benefício INSS/tributação	2162	8.1%
Bancos/instituições financeiras	1920	7.2%
Outros	2769	10.3%
Total	**26757**	**100.0%**

Fonte: PNAD 2009 Suplemento de Vitimização e Justiça (tabulados pelo autor)

Relativizar as frequências é importante, pois podemos fazer análises equivocadas quando consideramos valores absolutos, principalmente quando são necessárias comparações entre estados como é o caso da Tabela 2. Na tabela observamos que a distribuição é diferente de um estado para outro, as questões sobre Família e Terras/Moradia tem uma maior participação relativa no Amapá que no estado de São Paulo. Já os serviços de tem uma maior participação relativa no estado de São Paulo que no Amapá.

Tabela 2: Distribuição de frequência dos entrevistados com 18 anos ou mais que se envolveram em conflito grave nos últimos cinco anos, segundo área de conflito (Suplemento Vitimização e Justiça da PNAD), estados de São Paulo e Amapá e Brasil, 2009.

Área de conflito mais grave nos últimos 5 anos	Estado/Região					
	São Paulo	Amapá	Brasil			
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Trabalhista	841	27.4%	31	21.8%	6305	23.6%
Criminal	292	9.5%	14	9.9%	3471	13.0%
Família	589	19.2%	45	31.7%	6008	22.5%
Terras//Moradia	115	3.7%	13	9.2%	1275	4.8%
Serviços de água, luz e telefone	339	11.0%	5	3.5%	2555	9.5%
Impostos/tributação	56	1.8%	1	0.7%	292	1.1%
Benefício INSS/tributação	311	10.1%	15	10.6%	2162	8.1%
Bancos/Instituições Financeiras	252	8.2%	13	9.2%	1920	7.2%
Outros	279	9.1%	5	3.5%	2769	10.3%
Total	**3074**	**100.0%**	**142**	**100.0%**	**26757**	**100.0%**

Fonte: PNAD 2009 Suplemento de Vitimização e Justiça (tabulados pelo autor)

Na Tabela 3 representa a variável idade, que é uma variável quantitativa contínua, e para poder resumir os dados foi necessário trabalhar com faixas de idade, caso contrário a tabela ficaria com um número muito grande de linhas não cumprindo o objetivo de resumir os dados. O uso de faixas ou intervalos de classe como são mais conhecidos na estatística é bastante comum quando temos variáveis quantitativas contínuas.

Tabela 3: Distribuição de frequência dos entrevistados com 18 anos ou mais que se envolveram em conflito grave nos últimos cinco anos, segundo a faixa etária (Suplemento Vitimização e Justiça da PNAD), Brasil, 2009.

Idade	Nº de entrevistados	%
18 a 27	4371	16.3%
28 a 37	6816	25.5%
38 a 47	6258	23.4%
48 a 57	4916	18.4%

58 a 67	2845	10.6%
68 a 77	1169	4.4%
78 a 87	325	1.2%
88 ou mais	57	0.2%
Total	**26757**	**100.0%**

Fonte: PNAD 2009 Suplemento de Vitimização e Justiça (tabulados pelo autor)

4 PRINCÍPIOS BÁSICOS DE ELABORAÇÃO DE UM GRÁFICO

Os gráficos ou diagramas são normalmente figuras que representam a distribuição de frequências, ou seja, um gráfico está sempre associado a uma tabela. Os gráficos também seguem uma normatização, devem ter sempre um título colocado preferencialmente abaixo do gráfico, devem atrair a atenção do leitor e autoexplicativos.

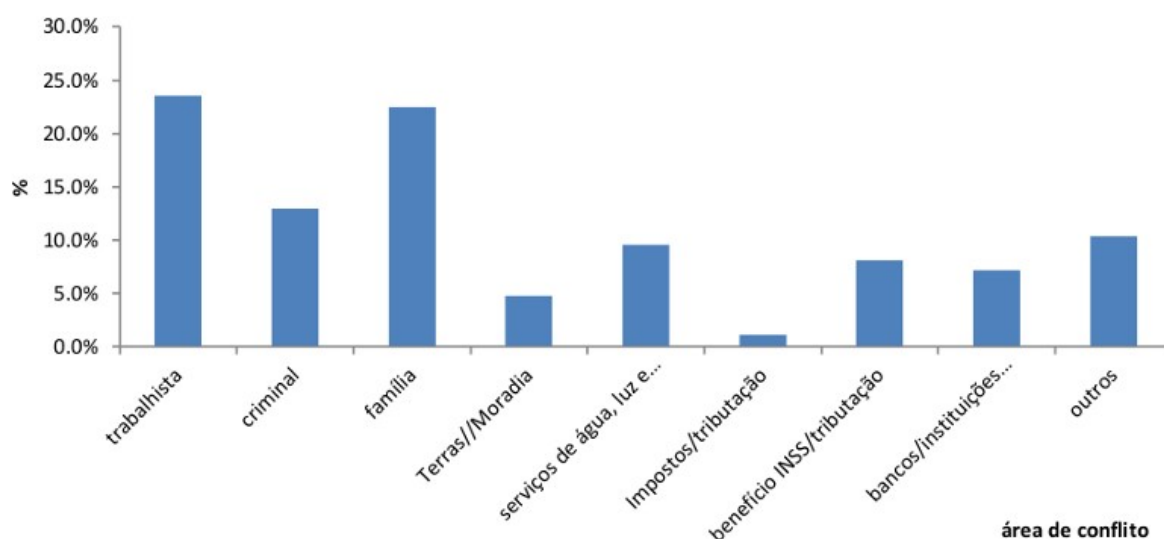
O tipo adequado de gráficos a ser utilizado está normalmente relacionado ao tipo de variável envolvida. Por exemplo, para descrever a variável “área de conflito” (Figura 1), uma variável qualitativa, pode-se utilizar um diagrama de barras ou colunas ou ainda um diagrama de setores circulares (“Pizza”), no caso, utilizou-se um diagrama de colunas. Para variáveis quantitativas discretas os gráficos utilizados são os mesmos que para as variáveis qualitativas. No caso da Figura 2 como além da variável área de conflito tem-se também os estados de São Paulo, Amapá e Brasil, a legenda deve ser colocada.

Fonte: PNAD 2009 Suplemento de Vitimização e Justiça (tabulados pelo autor)

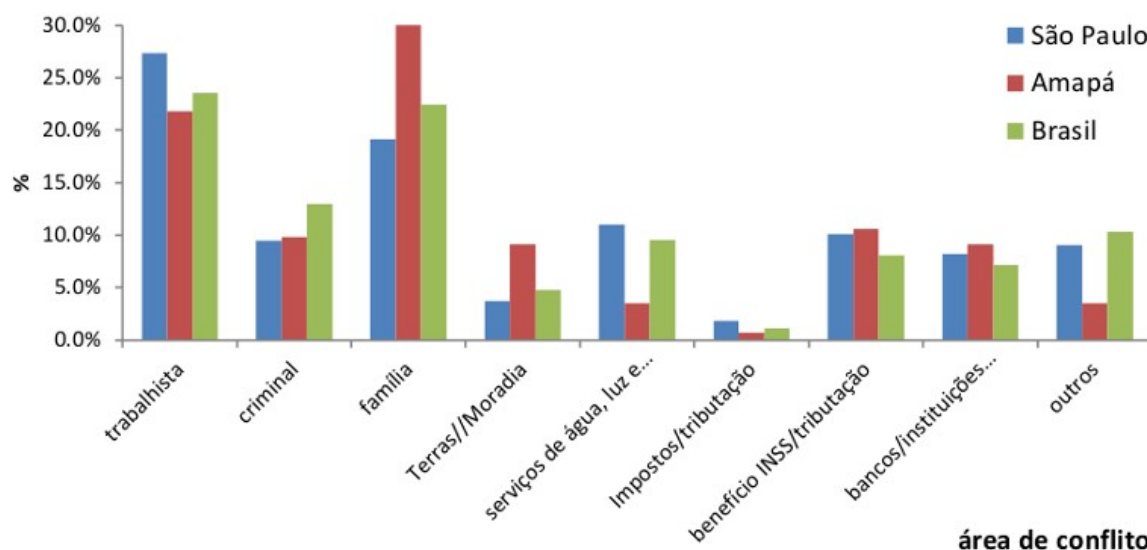
Figura 1: Distribuição de frequência dos entrevistados com 18 anos ou mais que se envolveram em conflito grave nos últimos cinco anos, segundo área de conflito (Suplemento Vitimização e Justiça da PNAD), Brasil, 2009.

Fonte: PNAD 2009 Suplemento de Vitimização e Justiça (tabulados pelo autor)

Figura 2: Distribuição de frequência dos entrevistados com 18 anos ou mais que se envolveram em conflito grave nos últimos cinco anos, segundo área de conflito (Suplemento Vitimização e Justiça da PNAD), estados de São Paulo e Amapá e Brasil, 2009.

A Figura 3 traz a representação da variável idade, uma quantitativa contínua, e o gráfico adequado para representá-la é o histograma.

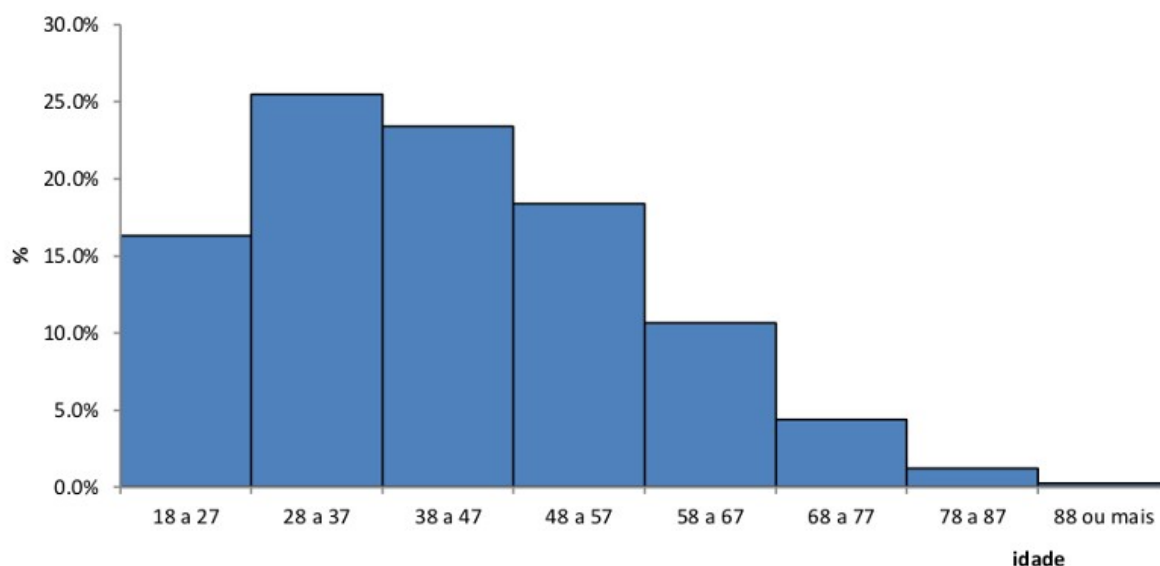



Figura 3: Distribuição de frequência dos entrevistados com 18 anos ou mais que se envolveram em conflito grave nos últimos cinco anos, segundo a faixa etária (Suplemento Vitimização e Justiça da PNAD), Brasil, 2009.

5 MEDIDAS-RESUMO PARA VARIÁVEIS QUANTITATIVAS

Outra maneira de resumir as variáveis quantitativas sejam elas discretas ou contínuas seriam as medidas de tendência central e as medidas de dispersão. Com esses valores estamos reduzindo os dados em um ou mais valores que sejam representativos da série toda

As medidas de posição mais usadas são a média, a mediana e a moda. A média (aritmética), um conceito bastante familiar é a soma de todas as observações dividida pelo número delas. Se por exemplo temos as idades de um grupo de 5 crianças: 3, 5, 5, 5 e 7 anos. A idade média do grupo seria: (3+5+5+5+7)/5 =5 anos. Cuja notação seria:

$$\bar{x}=\frac{\sum_{i=1}^{5} x_i}{n}=\frac{3+5+5+5+7}{5}=\frac{25}{5}=5$$ [8]

[8] x_i corresponde a cada valor observado, no exemplo das idades das crianças, x_1 é igual 3.

A mediana (md) corresponde ao valor que ocupa a posição central da série de observações, quando estão ordenados em ordem crescente. No exemplo das idades das crianças a mediana é 5 anos, ou seja, 50% dos alunos tem menos de 5 anos e 50% dos alunos tem mais de 5 anos. Se tivermos um número impar de observações teremos no centro dois valores, e neste caso, devemos calcular a média dos dois valores centrais.

A moda (mo) é definida como a realização mais frequente do conjunto de valores observados. No exemplo a idade modal seria 5 anos.

As medidas de posição escondem a informação sobre a dispersão do conjunto de informações. As medidas de variabilidade mais comumente utilizadas são a amplitude, a variância, o desvio padrão e o coeficiente de variação. A amplitude (H) corresponde a diferença entre o maior e menor valor, no exemplo a amplitude seria 7 - 3 = 4.

A amplitude é um indicador de distância pobre, pois trabalha apenas com dois valores de todos os valores observados. Já a variância (s^2) trabalha com todos os valores, embora seja um indicador quadrático.

Como a variância é um indicador quadrático é mais interpretar o desvio padrão, que é a raiz quadrada da variância, no exemplo:

Como o desvio padrão é uma medida de dispersão absoluta, calculada em relação a media e que depende da magnitude dos dados seria melhor para comparações ter um indicador relativo e que fosse independente da unidade de medida utilizada, esse indicador seria o coeficiente de variação, que seria o desvio padrão dividido pela média, é pode ou não ser expresso em valores percentuais. No exemplo teríamos:

ou ainda 28,28%

A tabela 4 traz algumas medidas resumo da idade dos entrevistados, observamos que a idade média dos homens, assim como a mediana e a moda é ligeiramente superior que a das mulheres, muito embora a dispersão dos grupo masculino tenha sido um pouco menor que a do grupo feminino, quando observa-se a amplitude e o coeficiente de variação.

Tabela 4: Medidas Resumo da idade dos entrevistados com 18 anos ou mais que se envolveram em conflito grave nos últimos cinco anos (Suplemento Vitimização e Justiça da PNAD), Brasil, 2009.

Medida	Masculino	Feminino	Total
Número	13589	13168	26757
Média	42.84	42.17	42.51
Mediana	41	40	41
Moda	34	30	30
Amplitude	78	80	80
Variância	204.91	216.03	210.49
Desvio Padrão	14.31	14.70	14.51
Coef. Variação	33.41%	34.85%	34.13%

Fonte: PNAD 2009 Suplemento de Vitimização e Justiça (tabulados pelo autor)

6 CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo, embora singelo, era mostrar como se pode usar a estatística descritiva como ferramenta da jurimetria. Apresentou-se algumas utilizações simples de gráficos, tabelas e medidas, para a utilização em dados jurídicos. A ideia de que bons resultados começam com uma boa base de dados estatísticos. A estatística é outro ferramental da jurimetria, entretanto os primeiros passos devem ser dados na estatística descritiva, uma boa descrição dos dados pode levantar hipóteses bastante interessantes com relação ao fenômeno estudado, que podem posteriormente ser comprovada ou não com a utilização da estatística inferencial.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NUNES, Marcel G. e COELHO Fabio Ulhoa. **Pesquisas a Serviço da Advocacia**. Valor Econômico, SP, sexta feira e fim de semana, 20, 21 e 22 de agosto de 2010, Caderno Legislação e Tributos, p. E2.

ABJ. **Associação Brasileira de Jurimetria**. Disponível em:<http://www.abjur.org.br/>. Aces-

so em: 25/06/2013.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Novas Perspectivas para o Direito Concursal Brasileiro com os Estudos Interdisciplinares da Economia e da Estatística**. Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca, A. 14 n.19, p. 01-404, 2010.

HADDAD, Ricardo Nussrala. **A Motivação das decisões Judiciais e a Jurimetria: Contribuições Possíveis.** Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

HEISE, Michael. **The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship:** Judicial Decision Making and the New Empiricism. U. III. L. Rev. 819, 2002.

SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and Ideology: **Public and Academic Debates about Statistical Measures.** Northwestern University Law Review, Vol. 99, p. 743, 2005.

BISQUERRA, Rafael; SARRIERA, Jorge C., MATÍNEZ, Francesc. **Introdução a Estatística:** Enfoque informático com o pacote estatístico SPSS. Porto Alegre: Artmed, 2007.

BUSSAB, Pedro A.; MORETTIN, Wilton B. **Estatística Básica.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBGE. *Normas de Apresentação Tabular*. 3ª Ed. Rio de Janeiro, 1993. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/monografias/GEBIS%20-%20RJ/normastabular.pdf>. Acesso em 21/04/2012.

MARQUES, Maria de Fátima Rodrigues. A OMC e as Medidas Antidumping no Brasil. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

A OMC E AS MEDIDAS ANTIDUMPING NO BRASIL

Maria de Fátima Rodrigues Marques[1]

RESUMO

O presente trabalho pretende fazer algumas considerações a respeito do antidumping, passando primeiramente pela criação do GATT, e de sua sucessora a OMC. Em seguida, atém-se à definição de dumping, e de sua legislação e à natureza jurídica das medidas antidumping. Analisa o novo entendimento surgido na doutrina de considerar o interesse público como fundamento para não aplicar medidas antidumping e a interação entre o direito do comércio internacional onde se situam as medidas antidumping, e o direito da concorrência. Por fim, analisa os normativos, no Brasil, sobre medidas antidumping notadamente a Lei nº 9.019/1995, e o novo 8.058/2013.

Palavras-chave

GATT – OMC – Direitos Antidumping – Lei nº 9.019/1995

ABSTRACT

This work intends to make some considerations about the dumping, passing first through the creation of the GATT and its successor the WTO. Then adheres to the definition of dumping, and the laws and the legal nature of the anti-dumping measures. Analyzes the new understanding emerged in doctrine to consider the public interest as a reason for not applying anti-dumping measures and the interaction between international trade law where are the anti-dumping measures, and competition law. Finally, it analyzes the normative, in Brazil, on antidumping notably Law No. 9.019/1995 and 8.058/2013 again.

Keywords

GATT - WTO - Anti-dumping Rights - Law No. 9.019/1995

[1] Mestranda em Direito Internacional da Unisantos, procuradora municipal, timamarques@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende fazer uma breve análise sobre o dumping, e as medidas para controlá-lo. Antes, porém, discorre sobre a criação do GATT, acordo provisório que se referia às negociações de tarifas e regras gerais sobre o comércio, que não entanto se estendeu por quase 50 anos, até a criação da Organização Mundial do Comércio - OMC, que é o órgão que supervisiona e regulariza o comércio internacional.

O artigo além de trazer à colação a definição de dumping contida no artigo 2º do Acordo Antidumping da Rodada Uruguai, faz um retrospectiva da legislação antidumping, a natureza jurídica dos direitos antidumping, e as diversas correntes de pensamento sobre sua natureza jurídica, que vai da definição, como ato administrativo público estatal, até a uma modalidade não tributária de intervenção no domínio econômico, extraído diretamente do *caput* do artigo 174, da Constituição Federal. Em seguida, aponta a consideração do interesse público como fundamento para a não aplicação dos direitos antidumping, bem como a interação entre esses direitos e os da concorrência.

Depois, detém-se na aplicação dos direitos antidumping no Brasil, e sua regulação pela Lei nº 9.019/1995 e o novo Decreto 8.058/2013, concluindo, por fim, da necessidade de serem mantidos tais direitos, ao mesmo tempo que propõe o fortalecimento da OMC como canal de discussão, defesa e acertamento das normas que devem reger o comércio internacional, agora sob a perspectiva da globalização.

2 A CRIAÇÃO DO GATT E DA OMC

No apagar das luzes da 2ª Guerra Mundial os EUA e os países aliados da Europa, essa destruída pela guerra, perceberam a necessidade de se reconstruir a economia mundial. Assim é que já em 1944 foi realizada a Conferência de Bretton Woods (EUA) com o objetivo de dotar o sistema internacional de instituições sólidas, de alcance global, capazes de manterem solidez e previsibilidade nas relações comerciais e financeiras, naquele momento sob a incontrastável liderança hegemônica dos Estados Unidos.

Nesse contexto, foram traçadas as linhas dos três pilares da nova ordem

econômica internacional que se instaurava, o liberalismo. Os pilares para sua implementação eram: 1º) o Fundo Monetário Internacional – FMI, para promover o equilíbrio macroeconômico; 2º) o Banco Mundial – BIRD, para conseguir recursos às nações em desenvolvimento para que também participassem dessa nova ordem; 3º) a Organização Internacional do Comércio – OIC, para a liberalização comercial objetivando evitar as práticas protecionistas que vigoravam até então, e, assim, com o aumento das trocas entre as nações evitar novos conflitos entre elas.

Como a liberalização comercial era premente, e no aguardo da criação da OIC, foi negociado, em 1947, um acordo provisório, que se referia às negociações de tarifas e regras gerais sobre o comércio, chamado - General Agreement on Tarifs and Trade – GATT, e que obrigava os 23 países signatários.

Com a recusa dos Estados Unidos em ratificar o tratado – Carta de Havana, (1950) que delimitava os princípios e objetivos da OIC, sob argumento de que retiraria grande parte da autonomia do país em termos de comércio exterior - a OIC não vingou.

Assim, o GATT, que era um acordo provisório, que se propunha a vigorar até a criação da OIC, tornou-se o mais importante foro de discussões de todos os assuntos relativos ao comércio internacional.

O artigo VI, do GATT, de 1947, a ser observado pelos países signatários, em linhas gerais, define o dumping, como a introdução de produtos de um país no mercado de outro, a um preço inferior a seu valor normal, bem como o considera condenável se causa ou ameaça causar dano importante a uma indústria estabelecida no país importador ou se retarda o estabelecimento da indústria doméstica. Esse primeiro acordo sofreu alterações em 1967 (Código Antidumping do GATT 1967) e 1979 (Código Antidumping do GATT 1979).

Aponte-se que o GATT, atuou como uma organização internacional de fato, por onde ocorreram negociações visando liberalizar o comércio mundial, e que durou quase 50 anos, até a entrada em vigor da OMC.

Essas negociações que eram e são – agora na OMC - multilaterais são chamadas “rodadas” e tem como escopo uma agenda de temas que são discutidas entre os membros para formarem acordos.

O GATT passou por oito rodadas, sendo que a última durou oito anos, iniciando-se em Punta Del Este, em 1986, e terminando em Marraqueche, em 1994. Essa Rodada é

conhecida como Rodada Uruguai e culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC, ocasião em que foi firmado outro Acordo para Implementação do art. VI do GATT 1994 (Acordo Antidumping da OMC).

Uma das principais inovações verificadas na OMC em relação ao GATT foi dotá-la de personalidade jurídica própria.

3 OS DIREITOS ANTIDUMPING

3.1 Histórico

Antes de se passar a analisar as medidas antidumping, faz-se necessário definir o que seja dumping. Essa definição poderá ser extraída do artigo 2º do Acordo Antidumping vigente, que não destoa daquele estipulado no Acordo de 1947, e o define como a oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso do preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao consumo do país exportador.

Segundo Cordovil (2011, pág. 31), a história da legislação antidumping pode ser dividida em três períodos:

(a) o primeiro, que vai do início do século XX até a Segunda Guerra Mundial. Nesse período foi dado tratamento similar entre o dumping e os subsídios. Os acordos comerciais eram raríssimos;

(b) o segundo, iniciado após o término da Segunda Guerra Mundial, período em que ocorreram as primeiras discussões sobre dumping em foros multilaterais, em razão do excesso de discricionariedade das autoridades nacionais na aplicação do antidumping. Foi nesse período, e em razão das dificuldades de serem aplicadas as medidas antidumping, que se começou a pensar na criação de um organismo internacional de comércio;

(c) o terceiro, que começou com a celebração do Acordo Antidumping da OMC (1995) e segue até os dias atuais.

As medidas antidumping tem caráter de defesa comercial, e são aplicadas nos

casos em que o dumping cause dano ou ameaça de dano à indústria doméstica.

Nesse contexto, quando a diferença de preços praticada em diferentes mercados decorre de condições normais de comércio, resultado de um comportamento normal e previsível em economia de mercado, não há que se aplicar medidas antidumping.

3.3 A natureza jurídica dos direitos antidumping

A definição da natureza jurídica dos direitos antidumping não é pacífica na doutrina tanto no Brasil, quanto no exterior.

Tércio S.Ferraz Jr., *apud* Barros (2004, pág.43), explica que as medidas antidumping são um ato de administração pública estatal resultante de uma avaliação prévia para se constar se houve, ou não, dumping, e, em caso positivo, se trouxe dano ou ameaça de dano à indústria doméstica.

Constatada a ocorrência de dumping, caberá à administração, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade, aplicar, ou não, uma medida antidumping. Por envolver um ato discricionário, entende Ferraz (2004, pág.43), que os direitos antidumping não têm natureza tributária, que, como se sabe, é atividade vinculada.

Roberto Caparroz (2012, pág.393), concorda com o entendimento supra de não terem os direitos antidumping natureza tributária, lembrando também que ao contrário das normas tributárias que proíbem a retroatividade, os direitos antidumping definidos no Brasil podem, em alguns casos, ser cobrados retroativamente.

Para Caparroz, também não há que se enquadrar os direitos antidumping como sanção a um eventual ilícito internacional praticado pela empresa exportadora, por alguns aceita, sob o argumento de que o dumping seria condenável à luz das disposições do GATT. Igualmente, não teriam natureza de ordem econômica que como bem explicitado no artigo 21, da Lei nº 8.884/94 (excepcionando-se o inciso XIX), estaria voltado às questões de âmbito exclusivamente interno, sem conexão com as práticas de comércio internacional que podem ensejar a aplicação de medidas previstas no GATT. Para ele, a natureza jurídica dos direitos antidumping é de índole aduaneira, posto que só existe dumping numa relação de comércio internacional.

Justificando esse entendimento, Caparroz (2012, pág.393) define direito aduaneiro como o *"setor de estudo, formado pelo agrupamento de normas ' ratione materiae', relativas ao controle sobre a importação e a exportação de mercadorias e as relações dele decorrentes, num determinado país ou bloco de integração econômica"*.

Contudo, a contrastar esse entendimento, há que se apontar, que não obstante ser o direito aduaneiro, a exemplo do direito antidumping, também uma forma de proteção da indústria doméstica, têm no Imposto de Importação sua maior expressão. E, como dito supra, os direitos antidumping têm caráter de atividade discricionária, ao contrário dos direitos de natureza tributária, como o é o aduaneiro, onde a atividade é vinculada.

Assim, melhor entendimento verifica-se ser a de Welber Barral (2000, pág. 65), que com base no artigo 174, "caput" da Constituição Federal, inclui os direitos antidumping como uma modalidade não tributária de intervenção no domínio econômico. Tal dispositivo constitucional, dá ao Estado o papel de regulador da atividade econômica, e lhe atribui função de incentivo ao setor privado.

Nesse contexto, há que se atentar que a própria Lei 9.019/95, distingui os direitos antidumping dos direitos tributários, já em seu artigo 1º, parágrafo único, quando prevê que tais direitos, juntamente com os compensatórios, serão cobrados independentemente de qualquer obrigação tributária relativa à importação dos produtos afetados.

3.3 O interesse público como fundamento a não aplicação das medidas antidumping

Um dos principais pontos de discussão do Acordo Antidumping é o caráter discricionário do país investigador, uma vez que cada país membro faz uma leitura particular sobre o texto, dando ensejo ao protecionismo.

Um exemplo dado por Cordovil (2011, pág.42), ilustra bem esse espaço dado à discricionariedade do país investigador. Ao analisar as regras do Acordo que determina a avaliação, pela autoridade investigadora, dos fatores que podem ter causado o dano que não as importações investigadas, ditas autoridades, no mais das vezes, em suas investigações, não analisam todos os elementos entendendo serem alguns critérios mais importantes que outros, o que dá margem aos países de utilizarem o Acordo de modo mais protecionista.

Objetivando afastar a insegurança que essa discricionariedade enseja às partes interessadas, os países membros propõem soluções para definir métodos de cálculos, melhor exame da situação da indústria doméstica, do dano e outros mecanismos para diminuir o arbítrio das autoridades locais.

Dessas soluções propostas há uma de especial relevo que propõe a consideração do interesse público nas investigações antidumping. Assim, as medidas antidumping não serão aplicadas se constatados que os benefícios gerados por elas à indústria doméstica, sejam menores do que os prejuízos provocados a outros agentes também significativos na sociedade, como os consumidores, usuários industriais do produto, etc.

Ressalte-se que, a atual redação do Acordo Antidumping já contempla essa possibilidade de análise, uma vez que dá a autoridade, ainda quando identificados o dumping, o dano e o nexo causal, o poder de não aplicar as medidas antidumping, se constatar que elas seriam contrárias ao interesse público. Alguns países membros já contemplam em sua legislação, o teste do interesse público.

No caso do Brasil, segundo informa Cordovil (2011, pág. 90), a experiência brasileira não é ainda muito conclusiva acerca do entendimento das autoridades sobre o assunto, uma vez que em apenas cinco investigações o tema foi profundamente debatido.

O artigo 64.3, do Decreto 1.602/1995, já previa a possibilidade da Camex, diante de circunstâncias excepcionais, não aplicar medidas antidumping ainda quando demonstrado o dano, o dumping e o nexo causal, por razões de interesse nacional. Igual previsão, também de atribuição à Camex, se encontra no artigo 3º do novo Decreto 8.058/13.

Cordovil (2011, pág. 91), critica a previsão contida no decreto anterior que atribuí à Camex, que não conduz a investigação (e, sim o Decom), a competência para definir o que deva ser considerado interesse público. Para ela, teria o Decom, que vai analisar o caso concreto, maiores subsídios para definir e aferir a ocorrência, ou não, do interesse público. Como o Decreto 8.058/13, não alterou esse estado de coisas, o problema persiste.

De uma maneira geral, os critérios mais utilizados pelas autoridades para aferir o interesse público são: (a) a concorrência, incluindo aí os interesses do consumidor por preços baixos e opções de compra; (b) o emprego e a redução dos salários; (c) o desenvolvimento tecnológico e industrial.

3.4 A interação entre os direitos antidumping e o direito concorrencial

Cordovil (2011, pág.128), aponta uma relevante interação entre o comércio internacional e a defesa da concorrência, na medida em que, com o aumento do comércio internacional cresce a oferta de produtos e serviços ao consumidor, e a consequente redução dos preços desses produtos e serviços.

Ainda que não haja uma organização internacional da concorrência nos moldes da OMC, os países aplicam suas normas de concorrência às práticas que produzirem efeitos em seus territórios, independentemente da nacionalidade ou da localização das empresas envolvidas.

Assim é, que no Brasil, a lei de defesa da concorrência, Lei 8.884/1994, em seu artigo 2º, dispõe ser ela aplicável às práticas cometidas no todo ou em parte em território nacional ou que nele produzirem seus efeitos.

Para Cordovil (2011, pág. 149), há semelhanças e diferenças entre o direito do comércio internacional - de onde se extrai a defesa comercial, e os direitos antidumping - e o direito da concorrência.

O principal ponto de contato é, sem dúvida, a busca pelo maior acesso aos mercados. Nesse passo, as leis da concorrência, podem isentar determinados setores estratégicos da aplicação de suas regras, em virtude de interesses nacionais. Na mesma proporção, as leis do comércio internacional podem permitir a imposição de salvaguardas temporárias para proteger a indústria doméstica pelas mesmas razões de interesses nacionais.

Ainda que visem objetivos similares - o acesso ao mercado - tomam vias diversas para atingi-lo. O ponto de conflito mais evidente é, sem dúvida, a defesa comercial.

Enquanto as medidas antidumping tendem a proteger o competidor, eliminando ou reduzindo a participação do concorrente, a defesa da concorrência objetiva a mais ampla concorrência, trazendo com isso à eficiência econômica.

É claro, que essa defesa não pode chegar às vias da predação no mercado internacional, que seria a discriminação de preços (presente sempre quando há dumping, ainda quando esse não seja prejudicial) quando essa discriminação se dê entre o mercado doméstico e o mercado de exportação, com venda nesse último, por um preço abaixo do de

custo, com objetivo de eliminar os competidores e manter ou adquirir posição dominante no mercado.

Um outro ponto que merece destaque é que as legislações antidumping objetivam proteger o empresário nacional e não o consumidor, a quem, inclusive, o dumping, pelo menos num primeiro momento, pode lhe ser favorável, na medida em que desperta a indústria nacional para a necessidade de aperfeiçoamento de seus modelos de produção e formação de preços.

Barros (2004, pág. 160) discorda desse entendimento e propõe que o conceito extraído da lei antitruste – proteção da coletividade – no sentido de que ser o consumidor, àquele a ser protegido, deva ser transportado para a legislação antidumping.

Não parece ser tal entendimento, o melhor.

Com efeito, não é compatível a transposição de conceitos e normativos da lei antitruste (Lei nº 8.884/94), à lei antidumping, havendo, inclusive, a previsão no artigo 91 (da lei antitruste), de que seus dispositivos não se aplicam aos casos de dumping.

Tal impossibilidade prevista na lei é resultado dos objetivos distintos do antidumping e do antitruste, esse precipuamente focado na preservação da concorrência necessária ao bem estar do consumidor, àquele com o fito último da proteção à indústria nacional.

4 A APLICAÇÃO NO BRASIL DOS DIREITOS ANTIDUMPING

O Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (AAD) está anexado ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC, parte integrante da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai das Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Marraqueche, em 12 de abril de 1994, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994 e promulgada pelo Decreto Legislativo nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994

A Lei nº 9.019/1995 dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no AAD, regulamentando a forma de cobrança dos direitos antidumping, possibilitando a cobrança de

direito provisório desde que existam indícios da prática de dumping e atribuindo à Secex – Secretaria de Comércio Exterior, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo a promoção do processo administrativo destinado a comprovar o nexo causal entre a conduta e o dano e à apuração da margem de dumping.

Sinteticamente pode-se mencionar das disposições da Lei 9.019/95, que:

1. a exigibilidade dos direitos provisórios pode ser suspensa até decisão final do processo, a critério da Camex, desde que o importador ofereça garantias equivalentes ao valor integral da obrigação e dos demais encargos legais, que consistirão em depósito em dinheiro ou fiança bancária; (artigo 3º)
2. poderá ser celebrado com o exportador, ou seu governo, compromisso que elimine os efeitos prejudiciais decorrentes da prática de *dumping*. Com a sua homologação a investigação será suspensa, sem a imposição de direitos provisórios ou definitivos, ressalvados o disposto nos Acordos Antidumping e nos Acordos de subsídios e Direitos compensatórios de que trata o artigo 1º; (artigo 4º e §2º)
3. o cumprimento das obrigações resultantes da aplicação dos direitos antidumping, sejam provisórios ou definitivos, será condição para a introdução no comércio do País de produtos objeto de dumping. (artigo 7º)

A partir de 1º de outubro de 2013, passou a vigorar o Decreto nº 8.058/2013, que substitui o Decreto nº 1.602/1995, e nele se automatizaram os procedimentos, encurtaram-se prazos para abertura e encerramento da investigação, estipularam-se prazos para imposição de direitos antidumping provisórios (120 dias da instauração da investigação), e foram regulados os conceitos dos requisitos necessários à aplicação dos direitos antidumping.

5 EXEMPLO PRÁTICO DE OCORRÊNCIA DE MEDIDA ANTIDUMPING ADOTADA PELO BRASIL

Exemplo de medida antidumping adotada pelo Brasil foi anunciada pelo governo brasileiro contra práticas consideradas desleais às importações brasileiras de cobertores de fibras sintéticas originários do Paraguai e Uruguai, publicada no dia 14/02/2012 no Diário Oficial da União, através da Resolução nº 12/2012 da Câmara de Comércio Exterior

(Camex), que estende a aplicação do direito antidumping (sobretaxa) para importações de cobertores de fibras sintéticas do Paraguai e Uruguai. Essa medida foi estipulada, inicialmente, para o produto chinês, e, segundo o governo, é a primeira medida de anticircunvenção adotada pelo Brasil.

Desde abril de 2010, segundo o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, o governo brasileiro vem aplicando o direito antidumping às importações de cobertores originárias da China para evitar a concorrência desleal com os produtos nacionais. A Indústria e Comércio Jolitex Ltda., fabricante do produto no Brasil, porém, alegou que as importações de tecidos de felpa longa de fibra sintética, de origem chinesa, e importações de cobertores do Paraguai e do Uruguai, fabricados com esses tecidos chineses, estariam frustrando os efeitos da medida contra a China.

Pela resolução a importação de tecidos de felpas longas, originários da China e utilizados na fabricação de cobertores, comprados do Paraguai e Uruguai também serão sobretaxados.

A medida anticircunvenção é recente no comércio exterior brasileiro, e se encontrava regulamentada pela Portaria Secex nº 21 de 18/10/2010, que tratava de que forma seria investigada a existência de práticas elisivas que frustrassem a aplicação de medidas antidumping vigente no Brasil. Tais práticas buscavam diretamente frustrar a efetividade da medida de defesa comercial, fazendo que a empresa nacional sujeita ao direito não estivesse mais protegida contra o dumping.

Essa Portaria apresentava em seu artigo 4º, quatro formas de elisão fiscal contra as quais pode haver medidas antidumping: (I) a introdução no território nacional de partes, peças, ou componentes cuja industrialização resulte em produto igual sob todos os aspectos ao produto objeto de medida antidumping ou em outro produto muito próximo; (II) a introdução no território nacional de produto resultante de industrialização efetuada em terceiros países com partes, peças ou componentes originários ou procedentes do país sujeito à medida antidumping; (III) a introdução de produto no território nacional com pequenas modificações que não alterem o seu uso ou destinação final; (IV) qualquer outra prática que frustre a efetividade de medidas antidumping.

No exemplo acima, numa primeira análise, pode-se aferir que se trata da situação prevista no inciso II, da Portaria Secex nº 21. E, as investigações do Departamento de Defesa

Comercial da Secex, por certo a ela chegaram, e, assim, concluíram pela existência da prática desleal, e através da Resolução nº 12/2012 da Camex, aprovaram a resolução com a extensão do direito antidumping aos cobertores comprados do Paraguai e Uruguai.

Com a introdução do Decreto 8.058/2013, a medida anticircunvenção foi regulamentada através de seu artigo 122, que define a circunvenção como a prática comercial que visa frustrar a eficácia de medida antidumping vigente por meio de introdução, no território nacional, das importações a que faz referência o artigo 121. Esse artigo, por sua vez, dispõe que a aplicação de uma medida antidumping poderá ser estendida por meio de uma revisão anticircunvenção às importações que repete, à exceção do inciso IV, das previstas no artigo 4º da Portaria Secex nº 21/2010, supra apontada.

6 CONCLUSÃO

As medidas antidumping são tratadas no âmbito da OMC, como instrumentos de defesa comercial. Há que se atentar, que a utilização desse instrumento é uma das raras exceções permissivas de aumento temporário de tarifas já consolidadas nas rodadas de negociações comerciais junto à OMC.

Apesar disso, é, muitas das vezes, utilizada de forma protecionista. Tal constatação, conforme anotado por Barros (2004, pág.159), é evidenciada através de um dado concreto: a maior parte concentração de pedidos de investigação antidumping está nos setores industriais sabidamente antigos e com problemas de competitividade, como ocorre nos setores de têxtil e aço, ou mesmo em setores mais modernos, mas que possuem um custo de produção de reconhecidamente alto, como é o caso de determinados produtos agrícolas.

Ademais, muitos apontam a ampla margem de discricionariedade, de que se valem as autoridades nacionais, nas investigações para aferir a existência e o grau de extensão dos elementos necessários à aplicação das medidas antidumping, o que obstaculiza o atingimento da finalidade precípua da OMC, que somente admite a implantação de medidas antidumping justamente para atingir seu principal objetivo, que é a gradual liberalização comercial.

Nesse passo, o que se constata é que acaba havendo uma legalização, no âmbito normativo da OMC, do protecionismo que ela própria pretende combater!

Para muitos, isso também decorre em razão do cenário atual do comércio internacional, com o surgimento dos blocos econômicos cada vez mais frequentes, e da própria configuração atual do contexto internacional – modelo multipolar ainda indefinido, com o surgimento de novas potências mundiais – que não se coaduna com os textos normativos em vigor, fruto de um mundo que não existe mais.

Assim, faz-se necessário a implementação de mudanças nas legislações antidumping ajustando e aperfeiçoando conceitos e institutos, afetos ao Direito Internacional, para trazê-los às novas necessidades do mundo contemporâneo.

Nesse passo, conclui-se que os direitos antidumping devem ser mantidos, porque uma nação não pode descurar da proteção dos interesses de sua indústria que é fator de desenvolvimento e bem estar de seu povo.

Contudo essa proteção deve ser dinâmica e acompanhar as mudanças/inovações que ocorrem no mundo cada vez mais globalizado.

E, essa globalização tem na OMC o seu canal de discussão, de defesa, de acertamento das normas que devem reger o comércio internacional, e, daí, irradiadas para cada legislação nacional dos países signatários.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRAL, Welber. **Dumping e Comércio Internacional:** A regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.

BARROS, Maria Carolina Mendonça. **Antidumping e Protecionismo.** São Paulo, Ed. Aduaneiras, 2004

CAPARROZ, Roberto. **Comércio Internacional Esquematizado.** São Paulo, Ed. Saraiva, 2012.

CORDOVIL, Leonor. **Antidumping:** Interesse público e protecionismo no comércio internacional. São Paulo, Ed.Revista dos Tribunais, 2011.

FONSECA, Hugo Soares Porto. Tensões nas Relações Comerciais Internacionais: Medidas Antidumping e Protecionismo sob uma perspectiva brasileira, <www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FonsecaHS_1.pdf>. Acessado em 07/04/2013

OLIVEIRA, Caio Figueiredo Cibella de. Medidas anticircunvenção, <www.funcex.org.br/publicações/rbce/material/rbce/109_cfco.pdf>. Acessado em 07/04/2013.

PROENÇA, Soraya Águida Brandão de; FILHO, Sérgio Arthur M. Ferreira. Uma Breve Análise Teórica Acerca do Crime de Sonegação de Autos Junto as Instâncias Superiores. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

UMA BREVE ANÁLISE TEÓRICA ACERCA DO CRIME DE SONEGAÇÃO DE AUTOS JUNTO AS INSTÂNCIAS SUPERIORES

Sérgio Artur M. Ferreira Filho[1]
Soraya Águida Brandão de Proença[2]

Orientador Prof. Dr. Raimundo Araújo Neto[3]

RESUMO

A sonegação de autos, um dos dois núcleos do art. 356 do Código Penal Brasileiro é considerado pelos doutrinadores crime omissivo próprio e, quanto ao resultado, formal. Este é o mesmo pensamento jurisprudencial dos juízes dos tribunais superiores pátrios na fundamentação de seus julgados. Ocorre que no momento da sentença,estes últimos, estabelecem que a consumação do delito requer a não restituição dos autos ao cartório, após o recebimento da intimação judicial, acrescentando mais um elemento ao tipo penal, criando, assim, um novo momento consumativo, contrariando a teoria da atividade/ação, opção esta do legislador brasileiro e desconsiderando conceitos básicos da ciência do Direito.

Palavras-chave
art. 356 do CPB; sonegação de autos; restituição de autos ao cartório; consumação do crime de sonegação de autos.

RESUMEN

La retención de registros, uno de los dos núcleos del art. 356 del Código Penal de Brasil, es considerada por los doctrinadores delito omisivo propio y, en lo que dice respecto al resultado, formal. Este es el mismo pensamiento jurisprudencial de los jueces de los tribunales superiores patrios en la fundamentación de sus juzgados. Ocurre que en el momento de la sentencia, estos últimos, establecen que la consumación del delito requiere la no restitución de los registros al tribunal, después del recibimiento de la intimación judicial, incorporando un elemento más al tipo penal, creando así, un nuevo momento consumativo, contrariando a la teoría de la actividad/acción, opción del legislador brasilero y desconsiderando conceptos básicos de la ciencia del Derecho.

---

[1] Licenciado em Psicologia pela PUC/PR; Pós Graduado em Metodologia de Intervenção no Processo Ensino Aprendizagem pela PUC/PR; Funcionário Público Estadual, lotado no Núcleo de Proteção à Crianças e ao Adolescentes Vítimas de Crime (NUCRIA); Cursando o 4º Período de Direito nas Faculdades OPET; sergioarturfilho@hotmail.com

[2] Licenciada em Pedagogia UTP; Pós Graduada em Metodologia de Ensino de 1º e 2º Graus pelas Faculdades Integradas Espírita; Funcionária Pública Estadual Aposentada; Cursando o 4º Período de Direito nas Faculdades OPET; sorayabrandao@brturbo.com.br

[3] Mestre e Doutor em Direito Criminal. Professor Titular das Faculdades OPET. Presidente do ISDEC.

Palabras clave

art. 356 de la CEC; retención de registros, restitución de los registros del tribunal, consumación del delito de retención de registros.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa realizar uma análise crítica das decisões proferidas pelas instâncias superiores dos tribunais brasileiros no que tange ao crime de sonegação de autos, um dos dois núcleos previstos pelo art. 356 do CPB, *in verbis:*

> "Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador": (grifo nosso)

Importante ressaltar ser necessário para a tipificação do crime do art. 356 do CPB, que o agente tenha recebido o objeto material (autos, documento ou objeto) na qualidade de advogado ou procurador judicial (estagiário de advocacia).

O legislador brasileiro visou através do art. 356 do CP tutelar a administração da justiça, na medida em que visa ampliar a eficiência e a eficácia do judiciário, ou seja, aumentar a capacidade de solucionar as lides, preferencialmente no mérito, fornecendo assim as partes o que lhe é um direito inafastável e improrrogável, a jurisdição. Deste modo, qual seja, fornecendo ao jurisdicionado a jurisdição que este solicita, o Poder Judiciário brasileiro fornecerá também à sociedade a noção de efetividade de sua ação.

Saliente-se que o Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/94[4], dispõe em seu art. 34, XXII, que constitui infração disciplinar reter, abusivamente, autos recebidos com vistas ou em confiança.

Tendo em vista que o Direito Penal é uma ciência e como tal deve ser entendida não como algo absoluto, mas como diz Boaventura de Souza Santos[5] (2003, p. 13): "enquanto prática social de conhecimento, uma tarefa que se vai cumprindo em diálogo com o mundo e que é afinal fundada nas vicissitudes, nas opressões e nas lutas que o compõe" indo muito

---

[4] SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Estatuto da OAB** - Lei nº 8.906/94. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=375 Acesso em 25/06/11.

[5] SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós moderna.** 4ª ed. São Paulo: Graal, 2003.

além do conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para tornar possível a convivência humana.

Torna-se, desta maneira, imperioso realizar uma análise dos elementos que compõe o tipo penal em exame, delimitando o momento de sua consumação, para posteriormente confrontá-las com as decisões proferidas em nossos tribunais.

Assim, se procura verificar se há ocorrência de incongruências nos julgados, do crime de sonegação de autos, pelos magistrados das cortes superiores brasileiras, no que tange a aplicação correta dos conceitos científicos.

2 DIREITO SUA LEGITIMIDADE, ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E O DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA.

2.1 Direito e sua legitimidade

Inicialmente, convém apresentar uma breve e despretensiosa explanação sobre o que se pode entender por Direito.

Desde logo se sabe que conceituar a expressão direito é um dos mais hercúleos e ao mesmo tempo inócuos trabalhos dos estudiosos do tema. Assim, não constitui objetivo aqui, nas palavras de Caminha[6] (2000, p. 1) "impor absolutamente sua visão do Direito, porque este, (...), se trata de uma realidade que, sendo única, assume em sua plenitude uma pluralidade de dimensões", apenas se quer apresentar uma noção mais ampliada do que seja Direito, sem desconsiderar as peculiaridades inerentes a esta área do conhecimento humano.

A evolução cientifica do conceito de Direito representa uma evolução social, segundo Perez Luño[7] (1997, p. 26-27): "as diferentes definições que ao longo da história se tem dado ao Direito não são outra coisa senão a revelação de distintas formas de conceber a ordem social, seu fundamento e seus fins".

Seria possível neste ponto apresentar uma longa explanação sobre as dificuldades

---

6 CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. **O Conceito de Direito.** Disponível em: <http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/1> Publicado em 07. 2000. Acesso em 25/06/11.

7 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez , et alii. **Teoría del Derecho**. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

em se obter um conceito preciso e generalista de Direito, mas apenas para exemplificar pode-se mencionar a diferença de entendimento conceitual do Direito dada por seus diversos ramos de atuação, quer civil, penal, eleitoral, entre outros. De acordo com Recasens Siches[8] (1970, p. 11-12):

> “seria enganoso supor que este conceito geral ou essencial possa ser fundado por via de comparação indutiva dos dados dos múltiplos Direitos conhecidos. Tal fundamentação resultaria injustificada logicamente por duas razões. Em primeiro lugar, porque esse procedimento de indução requereria revolver previamente o campo da experiência jurídica, sobre o qual haveria de exercer-se a comparação e a generalização; mas cabalmente este deslinde do campo da experiência jurídica, precisa, na estrutura lógica ou objetiva do conhecimento, que se disponha previamente do conceito geral ou essencial do Direito, graças ao qual se possa delimitar com rigor a área própria de dita experiência jurídica. Assim, resulta que para levar a cabo o procedimento de indução, com vistas a conseguir mediante ele a essência do jurídico, seria necessário ter de antemão essa noção essencial ou universal, que é precisamente a que se trataria de encontrar. Em segundo lugar, aquela suposta via indutiva para lograr o conceito essencial ou universal do Direito resultaria também impossível, necessariamente frustrada, por outra razão, a saber: porque o que se busca é uma noção absolutamente universal; e ocorre que o que se patenteia em cada um desses ramos concretos da Jurisprudência dogmática é tão-só a série de singularidades ou especialidades que oferecem os conteúdos jurídicos de cada um deles.”

Referindo-se mais especificamente ao Direito Penal, área de foco deste artigo pode-se apresentar uma noção, segundo entendimento do eminente jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni[9] (2010, p. 79, 80):

> “o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como conseqüência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou de interpretação) da legislação penal.”

Ainda sobre o Direito Penal parece adequado apresentar uma consideração adicional, qual seja, a distinção legislativa da área penal em relação às demais. Zaffaroni[10] (2010, p. 80) leciona:

> “A legislação penal se distingue da restante legislação pela especial consequência que associa à infração penal (delito): a coerção penal, que consiste quase exclusivamente na pena. A pena se distingue das restantes sanções jurídicas (distinguindo-se assim a legislação penal das restantes legislações: civil, comercial, trabalhista, administrativa etc.) porque procura conseguir, de forma direta e imediata, que o autor não

[8] RECÁSENS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofia del derecho.** 4ª ed. México: Editorial Porrúa, 1970.

[9] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** vol 1: Parte Geral. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

[10] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** vol. 1: Parte Geral. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

> cometa novos delitos, enquanto as restantes sanções jurídicas têm uma finalidade primordialmente ressarcitória ou reparadora.”

Mesmo frente a estas mencionadas dificuldades, voltando a tratar do Direito de forma generalista, possível é apresentar a posição do jurista inglês Dworkin[11] (1999, p. 492):

> "O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela *atitude*, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. *É uma atitude interpretativa* e *auto-reflexiva*, dirigida à política no mais amplo sentido. *É uma atitude contestadora* que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. *A atitude do direito é construtiva*: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. *É*, por último, *uma atitude fraterna*, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter."

De forma contraria posiciona-se o jurista brasileiro Agostinho Ramalho Marques Neto[12] (2001), afirmando que as concepções tradicionais surgem como um conjunto de princípios anteriores ao ser humano, ou confundem o conceito com o conjunto de normas jurídicas emanadas do poder público.

O mesmo autor[13] (2001, p. 185) apresenta uma proposta dialética sobre a ciência do direito, segundo a qual considera esta ultima mais do que:

> “(...) simples cópia de qualquer realidade, mas um sistema construído de proposições teóricas que, voltado para o real, o faz seu, assimilando-o e transformando-o, e, por isso mesmo, construindo-o e retificando-o. Esse sistema teórico se caracteriza como jurídico, não em decorrência do objeto tomado isoladamente, mas dos problemas específicos que a ciência do Direito se propõe, com vista a uma subsequente aplicação normativa. É só em função da teoria, que comanda todo o processo de elaboração cientifica, que o objeto de conhecimento da ciência jurídica, assim como as normas que constituem sua parte técnica, podem fazer algum sentido. E as teorias da

[11] DWORKIN, Ronald**. O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[12] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[13] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

> ciência do Direito, como quaisquer teorias cientificas, são essencialmente refutáveis e, por isso, carecem, não de ser afirmadas dogmaticamente, como o faz a maioria dos juristas, mas de ser questionadas, postas em xeque (...)"

Depreende-se que a evolução da legitimidade do direito passa por um afastamento, com a delimitação de fronteiras precisas entre Direito e moral. Nas palavras do professor Luiz Moreira[14] "Habermas vai rejeitar o atrelamento em favor de uma relação de co-originalidade". A partir disso, o Direito ganha luzes na solução de problemas, institucionalizando as aspirações sociais através de um procedimento democrático.

Continua o professor Luiz Moreira[15], apresentando as idéias do pensador alemão Jürgen Habermas no tocante a legitimidade do direito, e sua teoria discursiva que tem por alicerces os direitos humanos e a soberania do povo, leciona (2002, p. 138, 139):

> "O processo de normatização do Direito se obtém através do processo legislativo. Mas o processo legislativo autonomamente não é fonte de legitimidade do direito. Os membros de uma dada comunidade jurídica têm que se atribuir direitos para que possam se constituir membros de uma comunidade jurídica autônoma. Assim, a idéia de que o ordenamento jurídico se constitui enquanto uma instância externa aos cidadãos, heterônoma, cede lugar à idéia de uma produção efetiva de seres livres que têm, no ordenamento jurídico, a manifestação de sua vontade livre, ou seja, o Direito é, ao mesmo tempo, criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos membros de uma dada comunidade jurídica."

Sobre esta proposta complementa o próprio Habermas[16] (1997, p. 309): "a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso".

Avançando neste pensamento, recorre-se novamente ao professor Luiz Moreira[17], (2002, p. 175):

> "O estabelecimento do Direito como esfera constitutiva da sociedade, seu desligamento da normatividade da razão prática e sua autonomia em relação à moral significam uma secularização da vida. Essa secularização assume perspectivas institucionais à medida que o Direito passa a ser visto como produto e reflexo da vontade discursiva dos cidadãos. Como emanação dessa vontade discursiva, o Direito pode rea-

[14] MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas.** 2ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

[15] MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas.** 2ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

[16] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[17] MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas.** 2ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

> lizar a grande aspiração da tradição: pode efetivar a liberdade.”

O pensador alemão Jürgen Habermas[18] (1997, p.158) explana de modo preciso:

> “(...) a idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o principio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso do direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o principio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema de direitos*. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o principio da democracia, se constituem de *modo co-originário*”.

2.2 Estado de Direito Democrático

Outro ponto que merece realce é a relação entre Direito e Estado. Comecemos pelas palavras conceituais sobre Estado do professor Dalmo de Abreu Dallari[19] (2010, p. 119): “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território.”

Sabe-se de plano que a noção de Estado apresentou uma evolução que pode ser bem dividida em três pontos chaves, conforme apontam diversos autores dentre os quais Alexandre de Moraes[20] (2008, p. 03): a) o Estado Poder, na idéia de Hobbes, tem poderes ilimitados para manter a convivência pacifica entre os homens, que sem a presença deste estariam em um estado de permanente guerra de todos contra todos; b) o Estado de Direito, conforme John Locke, Estado liberal que tem poderes para garantir as liberdades e o patrimônio do povo, mas que não pode invadir a vida particular dos indivíduos; c) o Estado do Pacto Social, de Rousseau, segundo o qual o povo escolhe os governantes e o Estado além de garantir as liberdades individuais sem invadir a vida particular das pessoas tem o dever de intervir para garantir a todos uma igualdade de oportunidades de acesso.

---

[18] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[19] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[20] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

O jurista Raimundo Araújo Neto[21](2010), em sua obra apresenta uma descrição da evolução do modelo estatal, segundo a qual o Estado Liberal, no qual o Estado não intervinha de nenhum modo para estabelecer a igualdade, faliu por conta das profundas desigualdades favorecidas pelo próprio modelo estatal, ao fim da segunda Guerra Mundial. Surge então o Estado Social, intervindo fundamentalmente na economia e na sociedade com o intento de alcançar uma efetiva igualdade. Pretendendo coibir os excessos estatais surge um terceiro modelo, o Estado Democrático de Direito, com isso o Estado além de garantir liberdades individuais passa a ter uma função social, qual seja, proteção do bem comum e mitigação das desigualdades.

Depreende-se que o Estado é dinâmico, mencionando o eminente jurista Miguel Reale[22] (2000, p. 115-116), três esferas de relação estatal: a) social, relativa à formação e a fatores socioeconômicos; b) jurídica, com relação ao Estado enquanto ordem jurídica; c) política, onde surgem as finalidades de governo.

Tangente a natureza política do Estado o jurista Dalmo de Abreu Dallari[23] (2010) aponta a interdependência entre os aspectos político e jurídico. É, segundo ele, neste prisma, político, em que se almeja alcançar os valores da pessoa, do grupo social e do Estado.

A relação entre Estado e Direito fica clara se considerar a seguinte frase: O Estado é um território que precisa de legitimidade (poder), dada pelo seu povo, para exercer sua soberania, estabelecer a ordem jurídica vigente. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari[24] (2010, p. 128):

> "com o objetivo de assegurar os valores fundamentais da pessoa humana, o Estado deve procurar o máximo de juridicidade. Assim é que se acentua o caráter de ordem jurídica, na qual estão sintetizados os elementos componentes do Estado. (...) procurando reduzir a margem de arbítrio e discricionariedade e assegurar a existência de limites jurídicos à ação do Estado".

Concluindo sobre este tema, de forma precisa, continua o professor Dallari[25]

---

[21] ARAUJO NETO, Raimundo. **Principio da reserva legal & direito criminal.** 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

[22] REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

[23] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[24] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[25] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva,

(2010, p. 131):

> "(...) o Estado e o povo estão permanentemente implicados num processo de decisões políticas. Estas, quanto possível, devem ser enquadradas num sistema jurídico, suficientemente eficaz para a conservação de uma ordem orientada para determinados fins, mas necessariamente flexível, para permitir o aparecimento e a integração de novos meios e para assegurar a reformulação da concepção dos objetivos fundamentais, quando isto for exigido pela alteração substancial das condições de vida social".

2.3 O Direito enquanto ciência

Ciência, em breves palavras, pode ser descrita como o estudo dos fenômenos para a formulação de conceitos, sendo estes fenômenos passiveis de serem reproduzidos em "laboratório" para que os conceitos a partir deles formulados possam ser confirmados ou não. Em outras palavras, diz-se aqui que qualquer ciência evolui com a formulação e a reformulação de conceitos. Sobre ciência, Marques Neto[26] (2001, p. 185) leciona:

> "Ciência é discurso, teoria, que se constrói em função de um objeto de conhecimento e de um método, por sua vez também construídos. E a função precípua de toda teoria cientifica é a de *explicar,* e não *ditar normas* e, muito menos,*dogmatizar."*

Ainda quanto à ciência alguns pontos podem ser considerados desde logo, como define o cientista do comportamento humano Skinner[27] (1998, p. 13):

> "A ciência é uma disposição de aceitar os fatos mesmo quando eles são opostos aos desejos. (...) É característica da ciência que qualquer falta de honestidade acarreta imediatamente desastre. (...) Os dados, não os cientistas falam mais alto. As mesmas consequências praticas criaram a atmosfera cientifica na qual as afirmações são constantemente submetidas a verificação, onde nada é posto acima de uma descrição precisa dos fatos, e onde os fatos são aceitos não importando quão desagradáveis sejam suas conseqüências momentâneas".

Difícil pode parecer considerar o Direito como uma ciência, pois conforme ensina Michel Troper[28] (2008) a ciência, como já vimos, é descritiva dos fenômenos (algo é), en-

2010.

[26] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[27] SKINNER, Burrhus Frederic. **Ciência e comportamento humano.** 10ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[28] TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** 1ª ed. São Paulo: Martins, 2008.

quanto o direito é prescritivo (algo deve ser), as normas. Mesmo assim, pode-se conceber uma ciência distinta do Direito, que o tenha como seu objeto de estudo e se limite a descrevê-lo enquanto um fenômeno.

O mesmo autor[29] (2008, p. 53) delineia aquilo que para ele deve alicerçar a ciência empírica do direito: "Essa ciência deve ser formada de proposições suscetíveis de serem verificadas, o que supõe que tenham por objeto não um dever ser, mas um ser, isto é, que tenham por objeto fatos observáveis". Para exemplificar este entendimento, ainda o mesmo autor[30] (2008, p. 35), embasado na proposta de Alf Ross, representante da corrente realista, afirma:

> "Trata-se, antes de tudo, do comportamento dos juízes. As normas não existem, com efeito, senão na medida em que se aplicam de forma efetiva. Descrever o direito em vigor é descrever a norma que o juiz, de fato, aplica. Essa concepção deve permitir à ciência do direito produzir enunciados que predigam o comportamento dos juízes."

A presente definição, ao delimitar como ciência a aplicação da lei abstrata ao fato concreto, traz a baila um relevante questionamento: Quão poder possuem os magistrados no momento em que interpretam a lei? Michel Troper[31] (2008, p. 123-130) aponta duas correntes: a) Tradicional, segundo a qual o magistrado não exerce poder, pois apenas traz a luz uma significação oculta, mas já presente ao enunciado; b) Realista, sendo aqui a interpretação considerada função de vontade cabe ao operador do direito, desde que habilitado, dar a norma o significado que entender mais adequado para o caso em concreto.

Continua o mesmo autor[32](2008), indicando que o interprete deve seguir métodos confiáveis para interpretar, quais sejam: a) Semiótica, que se baseia na linguagem; b) Genética, que tem por base a vontade real do autor; c) Sistêmica, utiliza trechos de outros textos para esclarecer aquele que esta a interpretar; e por fim, d) Funcional, busca dar o significado que permita preencher a função que lhe é atribuída.

3 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DO ARTIGO 356 CP

---

29 TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** 1ª ed. São Paulo: Martins, 2008.
30 TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** 1ª ed. São Paulo: Martins, 2008.
31 TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** 1ª ed. São Paulo: Martins, 2008.
32 TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** 1ª ed. São Paulo: Martins, 2008.

Neste tópico apresentar-se-á uma visão doutrinária do artigo em estudo, *in verbis:*

> "Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador": (grifo nosso)

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt[33] (2010, p. 433-436) o tipo em análise pretende proteger a administração da Justiça, consiste em crime próprio, pois tem como sujeito ativo apenas o advogado ou o procurador judicial, enquanto o sujeito passivo é o Estado, sendo possível ainda que configure neste pólo a pessoa prejudicada. O renomado professor ensina que este é um delito doloso, que na modalidade deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, não admite tentativa, e pode ser entendido como "não devolver, sonegar ou reter".

Quanto ao momento de consumação do delito, nas palavras do eminente jurista[34] (2010, p. 436):

> "Consuma-se o delito (...) na modalidade de sonegação, com a recusa do agente em restituir os autos na forma da legislação processual vigente ou com a não devolução do documento ou objeto de valor probatório após o decurso de período juridicamente relevante, no caso, em 24 horas (...)".

Tangente a classificação doutrinária do delito tipificado no artigo 356 CPB, Bitencourt[35] (2010, 436) leciona:

> "Trata-se de crime *próprio* (que exige qualidade ou condição especial do sujeito); *formal* (que não exige resultado naturalístico para sua consumação); *de forma livre* (que pode ser praticado por qualquer meio ou forma pelo agente); *instantâneo* (não há demora entre a ação e o resultado); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por um agente apenas); *plurissubsistente* (que, em regra, pode ser praticado com mais de um ato, admitindo, em consequência, fracionamento em sua execução)".

---

[33] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** vol. 5: Parte Especial: dos crimes contra administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

[34] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** vol 5: Parte Especial: dos crimes contra administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

[35] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. v**ol. 5: Parte Especial: dos crimes contra administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

4 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS RELEVANTES AO ESTUDO DO CRIME DE SONEGAÇÃO DE AUTOS

4.1 Tempo do crime

Necessário se torna saber qual é o tempo do crime, ou seja, a ocasião, o momento em que se considera praticado o delito para a aplicação da lei penal a seu autor.

O art. 4º do CPB declara, *in verbis*:

> "Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado".

Por sua leitura verifica-se que o legislador de 1940 optou pela teoria da ação ou da atividade, e que tal escolha se deu, segundo Bitencourt[36] (2010, p. 195), a fim de se "evitar que uma conduta praticada licitamente sob o império de uma lei, poder ser considerada crime, em razão de o resultado vir a produzir-se sob o império de outra lei incriminadora".

Assim, momento do crime é aquele em que o agente realiza a conduta (ação ou omissão) típica, pois segundo este mesmo renomado doutrinador, "é nesse momento que o indivíduo exterioriza a sua vontade violando o preceito proibitivo".

A leitura do art. 356 do CP dá a entender que se trata de crime formal, consumando-se o delito no momento em que advogado resolve, livre e conscientemente, não restituir os autos ao cartório, podendo ocorrer no instante da retirada dos autos do cartório ou em momento posterior.

4.2 Crime omissivo próprio

Da mesma forma que ação, em Direito Penal, não significa "fazer algo", mas fazer o que o ordenamento jurídico proíbe, a omissão não é um "não fazer", mas não fazer o que o ordenamento jurídico obriga, ou seja, *non facere quod debetur*.

[36] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. vol. 1: 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

O renomado professor Juarez Tavares[37] (1996, p.30) ao trabalhar a omissão, diz que esta "é modalidade de conduta valorada. E justamente em razão dessa valoração, é que adquire relevância social", revelando o conteúdo extrajurídico da omissão, constituindo-se a norma na expressão de exigências sociais de convivência.

Portanto, crime omissivo é aquele que se configura por um deixar de agir, por um não fazer quando era esperado que algo fosse feito, ou como no dizer de Damásio[38] (2010, p. 232), por uma inação.

O dever jurídico é imposto pelo preceito do próprio tipo, ou seja, a omissão enunciada no tipo, correspondendo à conduta desobediente; o que normalmente acontece quando o preceito implícito no tipo é de comando ou obrigação.

A omissão própria ensina Bitencourt[39] (2010, p. 253):

> "(...) consiste no fato de o agente deixar de realizar determinada conduta, tendo a obrigação jurídica de fazê-lo; configura-se com a simples abstenção da conduta devida, quando podia e devia realizá-la, independentemente do resultado. A inatividade constitui em si mesma, crime (...)".

Assim, os crimes omissivos próprios são os que se perfazem com a simples abstenção da realização de um ato, independentemente de um resultado posterior. O resultado é imputado ao agente pela simples omissão normativa.

Resta claro, que o crime de sonegação de autos, tipificado no art. 356 do CP se consuma quando o agente (advogado ou procurador judicial) deixa dolosamente, portanto por vontade livre e consciente de restituir os autos no prazo estipulado por lei (art. 196 CPC) ou pelo cartório.

4.3 Crime de mera conduta

[37] TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos CRIMES OMISSIVOS.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

[38] JESUS, Damásio de**. Direito Penal** – Parte Geral. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[39] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. vol. 1: 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Crime de mera conduta é aquele cuja lei não faz nenhuma alusão a algum resultado para a configuração do fato típico, isto é, em que a lei descreve apenas uma conduta e não um resultado.

Seguindo a orientação de Grispigni, Damásio de Jesus[40] (2010, p. 231) ensina que nos crimes de mera conduta, o legislador descreve somente o comportamento do agente, sem se preocupar com o resultado, antecipando a consumação à produção de um resultado.

No crime de mera conduta não há um resultado naturalístico a ser atingido, bastando apenas que o agente pratique a conduta proibida.

O crime tipificado no art. 356 do CP não se enquadra nesta classificação, visto ser presumível a intenção do agente, ao não devolver dolosamente os autos ao cartório de origem.

4.4 Crime formal

Crime formal é aquele que se considera consumado independente do resultado naturalístico, isto é, não se exige para a consumação a obtenção do resultado pretendido pelo agente. A intenção do agente é presumida de seu próprio ato, o qual se considera consumado independentemente do resultado.

Bitencourt[41] (2010, p. 254) preleciona que o crime formal "descreve um resultado, contudo, não precisa verificar-se para ocorrer a consumação". Explica ainda que "(...) o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente".

Neste mesmo sentido, Hungria[42] (apud Bitencourt, 2010, p. 254) com propriedade, há muito lecionou que no crime formal "a consumação, antecede ou alheia-se ao *eventus damni*".

O art. 356 do CP descreve a conduta de deixar de restituir autos, documento ou

[40] JESUS, Damásio de. **Direito Penal** – Parte Geral. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
[41] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. vol. 1: 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
[42] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. vol. 1: 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

objeto de valor probatório, sem exigir que para a consumação do delito ocorra a produção de um resultado naturalístico, sendo que o ato de deixar de restituir autos tornará inevitável que o agente alcance o resultado por este pretendido, qual seja, retardar a justiça em favor de uma das partes do processo, de modo que há uma antecipação valorativa por parte da lei quanto à ofensividade ou lesividade. O comportamento em si, tendente à produção de um resultado, ainda que este não se realize, é suficiente para a configuração do delito.

4.5 Consumação

O Código Penal em seu art. 14, I, declara que haverá a consumação do crime quando se reúnam no fato todos os elementos de sua definição legal. Tavares[43] (2009) explica que a identificação do momento consumativo do delito depende de uma interpretação do tipo de delito em espécie.

No que se refere ao delito previsto pelo art. 356 do CP, este se inclui nos delitos chamados de mera atividade, consumando-se conforme preleciona o eminente jurista, "com a realização da própria conduta, uma vez que esta preencha todos os elementos de sua descrição típica".

Assim, o crime de sonegação de autos tem o seu momento consumativo no instante em que o advogado, depois de expirado o prazo para a devolução dos autos ao cartório, não os restitui, sendo imprescindível que o agente aja dolosamente para ser responsabilizado pelo delito em estudo.

Importante se faz colacionar os ensinamentos de Paulo César Busato[43] (2008), no que tange ao dolo e a imprudência. Explica o renomado autor que dolo e imprudência são coisas distintas, urgindo a necessidade de se estabelecer uma fronteira concreta entre eles, delimitando os elementos do dolo frente à imprudência, identificando-o como compromisso de atuar contra o bem jurídico, pois como uma das formas de imputação subjetiva leva consigo uma sanção distinta de gravidade.

[43] TAVAREZ, Juarez. **Apontamentos de aula.** UERJ, 2009.

[43] BUSATO, Paulo César; PÉRES, Carlos Martínez-Buján; PITA, Maria Del Mar Díaz. **Modernas tendências sobre o DOLO em Direito Penal.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Ressalte-se, que o mero esquecimento do advogado de restituir os autos ao cartório não configura o crime tipificado no art. 356 do CP, não havendo previsão legal de forma culposa. Como assevera Hungria[44] (apud Delmanto, 2010, p. 1027):

> "A negligência, por mais crassa, determinante do perdimento ou não restituição dos autos, documento ou objeto probatório poderá ser contrária a ética profissional, mas não constituirá crime".

5 ANÁLISE DAS DECISÕES REFERENTES AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE AUTOS, PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS.

A sentença judicial ensina Theodoro Junior[45] (2011, p. 243-244), é o ato mais importante do processo, pois é através dela que o Estado presta a tutela jurisdicional de maneira definitiva, sem a qual não haveria segurança jurídica e consequentemente, a paz social.

Esse é o grande objetivo do Estado, que através do sistema processual brasileiro fornece reduzidas hipóteses de se alterar aquilo que foi decidido, após o esgotamento das vias recursais.

Esta segurança jurídica é assegurada pela expressão maior do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Legalidade, o qual permeia todo nosso ordenamento jurídico e seus mais importantes desdobramentos, o Devido Processo Legal e a Reserva Legal, garantias vitais de que a sociedade não está presa a vontades particulares, pessoais, daquele que governa, assim, o direito de punir (ius puniendi) não é arbitrário. Assim, o juiz ao proferir suas sentenças deve estar adstrito a lei, bem como fundamentar suas decisões.

Importante se faz lembrar que o tipo é uma descrição precisa do comportamento humano pela lei penal, abarcando componentes objetivos e subjetivos do comportamento do agente. Bitencourt[46] (2010, p. 303) seguindo este ensinamento doutrinário define tipo como

---

[44] DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código penal Comentado.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[45] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** vol. 1. 52ª ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011.

[46] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. vol. 1: 15ª ed. São Paulo:

"conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal".

Ao se realizar um estudo doutrinário e jurisprudencial no que tange o crime de sonegação de autos, crime omissivo próprio/puro formal, observa-se que o mesmo é caracterizado pela omissão dolosa do advogado na restituição dos autos, fora do tempo estipulado por lei ou pelo cartório, sendo irrelevante o eventual prejuízo para a configuração do delito, porém imprescindível para a consumação do delito que o advogado tenha sido intimado pelo cartório a devolver os autos.

A jurisprudência de nossos tribunais superiores segue esta linha de raciocínio, como se comprova pela leitura de algumas ementas:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE **SONEGAÇÃO DE AUTOS**. ART. 356 DO CÓDIGO PENAL. CRIME OMISSIVO FORMAL.
>
> 1. Para a configuração do art. 356 do Código Penal, na modalidade deixar de restituir os autos, é imprescindível a intimação do advogado caracteriza pela vontade deliberada de não restituir, no prazo legal. 2. No caso vertente, o advogado, apesar de regularmente intimado para devolver os autos no prazo assinalado, não o fez em razão do extravio dos volumes retirados do cartório, caracterizando conduta negligente na guarda dos autos, contrária à ética profissional, mas não configura o tipo penal de sonegação de papel ou objeto probatório, ante a ausência do dolo genérico exigido para configuração do delito do art. 356 do CP.
>
> 3. Apelação criminal desprovida.
>
> (TRF1 – Apelação Criminal: ACR 15728 BA 2007.33.00.015728-9, 4ª Turma, Relator Des. Itálo Fioravanti Sabo Mendes, julg. 23/09/08, DJF 31/10/08, p. 109) (grifo nosso)

> EMENTA: HABEAS CORPUS. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DE **SONEGAÇÃO DE AUTOS**. ARTIGO 356 DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELO MÁXIMO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA. INOCORRÊNCIA. CONSUMAÇÃO DO DELITO SÓ OCORRE APÓS EFETIVA INTIMAÇÃO JUDICIAL DO ADVOGADO PARA RESTITUIR OS AUTOS EM CARTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. ORDEM DENEGADA. 1. "A consumação ocorre quando, vencido o prazo para a devolução dos autos, documento ou objeto, não é ele restituído. É entendimento de parte dos Tribunais, porém, que para a configuração do crime não basta que o advogado tenha retido os autos além do prazo legal; é indispensável que não atenda à intimação para restituí-los, consumando-se só então o delito. Trata-se, porém, de crime formal, e a consumação independe de lesão efetiva para qualquer pessoa. A devolução dos autos, mesmo antes do recebimento da denúncia, também é irrelevante (in Julio Fabbrini Mirabete, Código Penal Interpretado)". 2. "O prazo prescricional para a pretensão punitiva não se inicial na data da retirada dos autos e sim a partir de quando o crime se consuma, ou seja, pelo não-atendimento à intimação para restituí-los (STF, HC 72.813/PB, Rel.

Saraiva, 2010.

> Maurício Corrêa)". (TJ/PR – HCC: 22153, 2ª Câmara Criminal, Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto, julg. 21/02/08, DJ: 7568) (grifo nosso)

> EMENTA: PENAL. SONEGAÇÃO DE AUTOS. ADVOGADO. ART. 356 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. AUTOS APREENDIDOS ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. IRRELEVÂNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO POR "AR" PARA A DEVOLUÇÃO DOS AUTOS INDEVIDAMENTE RETIDOS. ART. 370, § 2º, DO CPP. COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. a) "A devolução dos autos, fora do prazo legal, mesmo ocorrida antes da denúncia, não enseja o trancamento da ação penal por falta de justa causa." (STF). b) A prescrição começa a correr da consumação do delito que se dá quando vencido o prazo para a devolução dos autos. Como a denúncia e a sentença são causas interruptivas da prescrição (art. 117, I e IV, do CP) e considerando, ainda, que houve suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), pela pena concretamente aplicada ao réu vê-se que não ocorreu a prescrição retroativa. c) A intimação do apelante, por "AR", para a devolução dos autos - os quais pessoalmente retirou mediante carga para apresentar alegações finais -, é legal (art. 370, § 2º, do CPP). d) O crime do art. 356 do CP independe de eventual prejuízo para sua configuração mas, de qualquer forma, a considerável demora para a recuperação dos autos, efetivada por intermédio de mandado de busca e apreensão, trouxe inegável prejuízo à Administração da Justiça. (TJ/PR – AC: 12827, 1ª Câmara Criminal, Relator: Des. Rogério Kanayama, julg. 04/11/04, DJ: 6759) (grifo nosso)

Ao se realizar a releitura do tipo penal em exame e confrontá-la com as decisões de nossos tribunais pátrios constata-se que, ao contrário do entendimento jurisprudencial, não se integra ao tipo penal a intimação judicial, contrariando assim a vontade do legislador que optou adotar na elaboração do Código Penal Brasileiro, em seu art. 4º, a teoria da atividade/ação, declarando que a consumação do delito ocorre no momento em que o agente pratica a ação ou omissão, descrita no tipo penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No curso do presente artigo nota-se que os estudiosos do Direito buscam o reconhecimento cientifico desta área de conhecimento humano. Enquanto ciência propõe-se entendê-lo a partir da proposta de Marques Neto[47] (2001, p. 185) que parte de uma premissa dialética, entendendo a ciência do direito mais do que:

> “(...) simples cópia de qualquer realidade, mas um sistema construído de proposi-

[47] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

> ções teóricas que, voltado para o real, o faz seu, assimilando-o e transformando-o, e, por isso mesmo, construindo-o e retificando-o. Esse sistema teórico se caracteriza como jurídico, não em decorrência do objeto tomado isoladamente, mas dos problemas específicos que a ciência do Direito se propõe, com vista a uma subsequente aplicação normativa. É só em função da teoria, que comanda todo o processo de elaboração científica, que o objeto de conhecimento da ciência jurídica, assim como as normas que constituem sua parte técnica, podem fazer algum sentido. E as teorias da ciência do Direito, como quaisquer teorias científicas, são essencialmente refutáveis e, por isso, carecem, não de ser afirmadas dogmaticamente, como o faz a maioria dos juristas, mas de ser questionadas, postas em xeque (...)"

Sendo ciência o Direito apresenta conceitos que não devem ser considerados dogmas, mas devem ser respeitados enquanto considerados cientificamente válidos, ou seja, enquanto não sejam refutados pela comunidade científica. Nas palavras de Marques Neto[48] (2001, p. 185):

> "Ciência é discurso, teoria, que se constrói em função de um objeto de conhecimento e de um método, por sua vez também construídos. E a função precípua de toda teoria cientifica é a de *explicar,* e não *ditar normas* e, muito menos, *dogmatizar."*

O Direito pretende regrar o comportamento para possibilitar o convívio harmonioso entre as pessoas estabelecendo uma ordem social, conforme Perez Luño[49] (1997, p. 27-28): "as diferentes definições que ao longo da história se tem dado ao Direito não são outra coisa senão a revelação de distintas formas de conceber a ordem social, seu fundamento e seus fins". A partir daí, resta clara a relação intrínseca e interdependente entre Estado e Direito, conforme o ensinamento do eminente professor Dalmo de Abreu Dallari[50] (2010, p. 131):

> "(...) o Estado e o povo estão permanentemente implicados num processo de decisões políticas. Estas, quanto possível, devem ser enquadradas num sistema jurídico, suficientemente eficaz para a conservação de uma ordem orientada para determinados fins, mas necessariamente flexível, para permitir o aparecimento e a integração de novos meios e para assegurar a reformulação da concepção dos objetivos fundamentais, quando isto for exigido pela alteração substancial das condições de vida social".

O sistema jurídico é constituído a partir do prisma social, político e econômico. O legislador (político) que formula a lei abstrata, não é aquele que opera a lei abstrata no caso

---

[48] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[49] LUÑO, Antonio-Enrique Pérez , et alii. **Teoría del Derecho**. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

[50] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

concreto (magistrados, promotores e advogados), sendo este último o aspecto prático do Direito, ou seja, a aplicação das leis e normas propriamente ditas. Convém dar relevo ao fato que tanto o legislador quanto o operador do direito devem almejar refletir os anseios sociais.

No instante em que aplica a lei abstrata no caso concreto o operador do Direito exerce um poder a ele concedido, conforme Michel Troper[51] (2008) a corrente Realista, tem a interpretação considerada como função de vontade, cabendo ao operador do direito, desde que habilitado, dar a norma o significado que entender mais adequado para o caso em concreto. Contudo, o interprete deve seguir métodos confiáveis para interpretar.

Tangente ao crime tipificado no artigo 356 do CPB, o legislador pretendeu tutelar a administração da Justiça, na modalidade sonegação de autos, Bitencourt[52] (2010, p. 436) leciona quanto à classificação doutrinária do mesmo:

> "Trata-se de crime *próprio* (que exige qualidade ou condição especial do sujeito); *formal* (que não exige resultado naturalístico para sua consumação); *de forma livre* (que pode ser praticado por qualquer meio ou forma pelo agente); *instantâneo* (não há demora entre a ação e o resultado); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por um agente apenas); *plurissubsistente* (que, em regra, pode ser praticado com mais de um ato, admitindo, em consequência, fracionamento em sua execução)" (grifo nosso).

Sobre o momento consumativo do delito, foco central do presente artigo, o próprio Código Penal Brasileiro em seu art. 14, I, declara que a consumação do crime depende da presença no fato de todos os elementos de sua definição legal. O delito em análise se inclui nos delitos chamados de mera atividade, consumando-se conforme preleciona Tavares[53] (2009) "com a realização da própria conduta, uma vez que esta preencha todos os elementos de sua descrição típica". Em outras palavras, este delito se consuma no instante em que o advogado, depois de expirado o prazo para a devolução dos autos ao cartório, não os restitui, sendo imprescindível que o agente aja dolosamente.

A sentença judicial, a forma mais importante de manifestação do Poder Judiciário, visa garantir a segurança jurídica. Conforme leciona Theodoro Junior[54] (2011, p. 243-244), é através dela que o Estado presta a tutela jurisdicional de maneira definitiva, sem a qual não

[51] TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** 1ª ed. São Paulo: Martins, 2008.

[52] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** vol. 5: Parte Especial: dos crimes contra administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

[53] TAVAREZ, Juarez. **Apontamentos de aula.** UERJ, 2009.

[54] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** vol. 1. 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

haveria segurança jurídica e consequentemente, a paz social. A segurança jurídica é assegurada pela expressão maior do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Legalidade, o qual permeia todo nosso ordenamento jurídico e seus mais importantes desdobramentos, o Devido Processo Legal e a Reserva Legal, garantias vitais de que a sociedade não está presa a vontades particulares, pessoais, daquele que governa, assim, o direito de punir (ius puniendi) não é arbitrário.

A análise das jurisprudências ora destacadas depreende-se que o conceito quanto ao momento consumativo do delito positivado no artigo 356 do CPB é bem explanado pelos magistrados, porém com uma ressalva incongruente, qual seja a exigência, considerada imprescindível, de que o advogado seja intimado para que só então o delito esteja configurado.

Ora, esta interpretação cria um novo momento de consumação do delito em tela, a saber, o não atendimento a intimação judicial. Assim, pode-se dizer, a partir deste entendimento, a nosso ver, equivocado, que este delito não se consuma a partir de uma conduta (ação ou omissão), no caso omissão dolosa do agente, entendimento que desconsidera o princípio consagrado do direito penal: *nullum crimen sine conducta.*

De mesmo vértice leciona o eminente jurista Juarez Tavarez[55] (2011, p. 15, 16):

> "As pessoas em geral buscam uma punição para quem tenha causado um dano em outrem. Como disse, isso faz parte de nossa herança cultural, positivista e, contraditoriamente, religiosa. Mas se estamos demonstrando que o objetivo de todo processo de produção da punição nada mais é do que camuflar o verdadeiro interesse do poder punitivo do Estado, com muito maior razão não poderemos nos deixar levar por sentimentos nem da pessoa individual nem da comunidade. A questão, porem, não pode ficar resumida a isso. Temos diante de nós uma legalidade, pela qual o Estado impõe a punição. Se esta punição não pode ser legitimada, só nos resta eliminá-la. Ocorre que o Estado não aceitará essa abolição do sistema penal, porque isto implicará retirar-lhe a própria capacidade de legislar, a qual lhe dá sustento e poder. Estamos assim diante de uma crise institucional praticamente insuperável. Ainda que se conserve ao Estado sua capacidade de legislar e dada a características dessa legislação, de que a presunção de evidencia que disso resulta esta sempre associada à imposição de uma pena, como forma de poder, a legitimação desta capacidade estatal jamais poderá ser obtida, caso persista o confronto entre punição e liberdade. (...). Mas o Estado não pode demonstrar essa legitimidade, a não ser mediante um processo de presunção de evidencia, decorrente de uma legalidade racionalizada e por isso mesmo imposta pela autoridade. Isso, porem, solapa derradeiramente as bases supostamente consensuais e legitimantes de uma democracia."

Pertinente destacar o alerta do eminente jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni[56]

---

[55] TAVAREZ, Juarez. **Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidencia**. Texto. 2011.

[56] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** vol 1: Parte Geral. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

(2010, p. 354, 355):

> "O direito pretende regular conduta humana, não podendo ser o delito outra coisa além de uma conduta. Se admitíssemos que o delito é algo diferente de uma conduta, o direito penal pretenderia regular algo distinto de uma conduta e, portanto, não seria direito, pois romperia o atual horizonte de projeção de nossa ciência. (...) Quem quiser defender a vigência de um direito penal que reconheça um mínimo de respeito à dignidade humana, não pode deixar de reafirmar que a base do delito – como iniludível caráter genérico – é a conduta, identificada em sua estrutura ôntico-ontológica."

A intimação, para que um advogado em mora restitua os autos constitui procedimento administrativo de um processo judicial, sendo apresentada ao operador do direito com lapso temporal, ou seja, posterior a omissão do agente propriamente dita.

Isto é uma afronta a ciência jurídica, pois desconsidera todo o entendimento doutrinário (conceitual) apresentado até aqui, em prol da manutenção, injustificável e arbitrária, do *ius puniendi*.

O Direito Penal, área de foco deste artigo, segundo entendimento do eminente jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni[57] (2010, p. 79, 80):

> "o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama "delito", e aspira a que tenha como conseqüência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou de interpretação) da legislação penal."

Sabe-se que a aplicação do Direito Penal exige e empodera do operador do Direito uma tarefa – interpretar. Conforme demonstrado, para esta tarefa ser bem executada deve o operador seguir métodos confiáveis e princípios garantidores para evitar que o ius puniendi seja exercido de forma arbitrária.

Por último, mas não menos importante destaca-se um princípio do direito penal, que como sabemos deve orientar as decisões dos juristas, e, para tanto se recorre novamente ao jurista argentino Zaffaroni[58] (2010, p. 354):

---

[57] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** vol 1: Parte Geral. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

[58] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** vol 1: Parte Geral. 8ª ed. rev. atual.

> "O principio *nullum crimen sine conducta* é uma garantia jurídica elementar. Se fosse eliminado, o delito poderia ser qualquer coisa, abarcando a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais etc. Neste momento de nossa cultura isto parece suficientemente óbvio, mas, apesar disto, não faltam tentativas de suprimir ou de obstaculizar este princípio elementar."

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO NETO, Raimundo. **Principio da reserva legal & direito criminal.** 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** vol. 5: Parte Especial: dos crimes contra administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 433-436.

BUSATO, Paulo César; PÉRES, Carlos Martínez-Buján; PITA, Maria Del Mar Díaz. **Modernas tendências sobre o DOLO em Direito Penal.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós moderna.** 4ª ed. São Paulo: Graal, 2003.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. **O Conceito de Direito.** Disponível em: <http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/1> Publicado em 07. 2000. Acesso em 25/06/11.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código penal Comentado.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald**. O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. II. Rio de

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JESUS, Damásio de**. Direito Penal –** Parte Geral. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez , et alii. **Teoría del Derecho**. Madrid: Editorial Tecnos, 1997

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas.** 2ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000

RECÁSENS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofia del derecho.** 4ª ed. México: Editorial Porrúa, 1970.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Estatuto da OAB** - Lei nº 8.906/94. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp? **Lei=375>.** Acesso em 25/06/11.

SKINNER, Burrhus Frederic. **Ciência e comportamento humano.** 10ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos CRIMES OMISSIVOS.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVAREZ, Juarez. **Apontamentos de aula.** UERJ, 2009.

TAVAREZ, Juarez. **Os objetos simbólicos da proibição:** o que se desvenda a partir da presunção de evidencia. UERJ, 2011

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** vol. 1. 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** 1ª ed. São Paulo: Martins, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** vol 1: Parte Geral. 8ª ed.

rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MACEDO, Gisele Amanda Maia Pereira Beltrami de. Responsabilidade Civil Dos Provedores de Internet. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET

Gisele Amanda Maia Pereira Beltrami De Macedo[1]

Guilherme Tomizawa – Orientador

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a responsabilidade civil de cada provedor de serviço de Internet. Tendo como foco, identificar quais os casos em que o provedor de internet será responsabilizado objetivamente ou subjetivamente, diferenciando os casos de dano por seus próprios atos e danos por atos ilícitos cometidos por terceiros. Analisa-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil para cada provedor, enquadrando-os quando possível nas relações de consumo. Enfrentando o entendimento dos casos emblemáticos decididos pelo judiciário, identificando quais casos de responsabilidade civil dos provedores de serviço de internet se fundamentam as decisões. Finalmente, analisar o projeto de lei 2.126/2011, marco inicial da Internet e o que muda nos casos de responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet.

Palavras-chave:

Internet; Provedores de internet; Responsabilidade civil; Responsabilidade civil dos provedores de internet.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the civil liability of each Internet service provider. The focus is to identify in which cases/circumstances the Internet provider will be made responsible either objectively or subjectively, differentiating damages caused by their own faults or illicit acts performed by outsourced parties. It evaluates the applicability of the Consumer Rights and Civil Law Defense Code for each given provider, framing them, whenever possible, in the consumerism relations. Decisions will be taken by facing the understanding of such emblematic cases judged by the judiciary, head and plotting which civil liabilities' case belongs to the internet service providers. At last, to comment the Law Project 2.126/2011, Internet services *kick off start date,* and whatever changes in the civil liabilities for the Internet Services Providers.

Keywords:

[1] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à OPET – Organização Paranaense de Ensino Técnico, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito

Internet; Internet providers; Liability; Liability of internet service providers.

1 INTRODUÇÃO

Como a Internet foi à invenção que gerou a maior evolução de todos os tempos e as relações jurídicas foram aumentando através dela, começou a haver conflitos, e, junto com eles a necessidade de regulamenta-los. Com a tentativa de coibir as práticas delituosas e abusivas, o Poder Judiciário tenta identificar os responsáveis, a fim de, uma reparação aos danos causados, no entanto, ainda hoje não temos uma legislação a qual aborde necessariamente a responsabilidade dos provedores de internet, por isso busca-se amparo em outras legislações.

Assim, para entender o que o judiciário vem aplicando nas decisões buscou-se o entendimento dos doutrinadores em matéria de internet, sendo que, muitos deles apenas falam de responsabilidade civil dos provedores de internet em apenas um pequeno capitulo já alguns como Marcel Leonardi lançou um livro só para tratar do assunto, o qual utilizei como marco teórico do meu estudo.

As pesquisas para a elaboração deste trabalho foram feitas de maneira bibliográfica, com doutrinas especificas de responsabilidade civil, internet e de responsabilidade civil na internet, assim como uma análise nas decisões que venham a ser admitidas no judiciário.

Partindo do ponto de que a legislação vigente utilizada é o Código Civil 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, pois são legislações as quais vem suprindo a falta da legislação específica, usa-se portanto, o método indutivo para compreender qual o melhor modo para aplicação das normas nos casos concretos. Não é uma dedução de utilização das normas e sim aplicação das normas já vigentes, uma vez, não existir legislação específica aos provedores de serviço de internet.

Contudo, a problemática surge nesse ponto, onde a legislação ainda é omissa quando se refere à internet e especificamente aos provedores de serviço, sendo que a jurisprudência vem decidindo conforme as leis vigentes e o estudo feito pela doutrina. Por isso, a necessidade de diferenciar as relações jurídicas dos provedores em relação a seus usuários e analisar cada hipótese de responsabilidade, a fim de, definir um método de aplicação mais eficaz quanto à obrigação de reparar os danos.

Conforme alguns autores, no segundo capítulo, conceitua-se internet e dá uma pequena abordagem, porém suficiente sobre o histórico, desde o surgimento das primeiras maquinas até a descoberta da grande rede utilizada a princípio para questões de segurança do Es-

tado Americano.

Após, no capítulo três, conceitua-se cada tipo de provedor de serviço de internet, assim como o a responsabilidade civil, com os comentários dos doutrinadores que mais explanam sobre o assunto.

Conceituados, no capítulo quatro passa-se a fazer uma junção destes conceitos aplicando-os para os provedores de internet, utilizando sempre como base de estudo o doutrinador que mais explana sobre o assunto Marcel Leonardi.

Fazem-se pequenas análises de casos concretos para compreender como vem sendo aplicado a responsabilidade civil nos provedores de serviço de internet e qual a fundamentação do judiciário.

Por fim, traz-se a discussão do Projeto Lei 2.126/2011 no capítulo cinco, que ainda aguarda para ser aprovado, é considerado o Marco da Internet, tendo em vista, ser a única lei que aborda o tema em específico, prometendo uma grande revolução no mundo da internet.

Desta forma, com os avanços tecnológicos hoje a internet é de extrema importância a todos, pois interliga milhares de pessoas de todo o mundo, ultrapassando fronteiras e ilimitando as distância de lugar e tempo, conectando o mundo, e é por isso que se necessita de um aprimoramento da legislação aos problemas atuais, para resolver os novos modelos de conflitos da sociedade.

2 A INTERNET E CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

A internet é um marco inovador do século XX e XXI, pois trouxe facilidade e comodidade para a vida das pessoas. Tanto que, foi o ponto chave para a expansão da Globalização[2], fazendo com que o mundo se interligasse mais rapidamente, tanto as indústrias com suas exportações e importações, como os pequenos comércios, viram um meio rápido e eficiente para expandir os negócios.

O professor Guilherme Tomizawa[3] comenta em sua obra a importância da internet

[2] Globalização, é um conjunto de transformações na ordem política e econômica mundial visíveis, é um processo de aprofundamento da integração econômica, social, cultural e política, que tornou o mundo interligado. Disponível em http://www.significados.com.br/globalizacao/ . Acessado em 14 maio 2013.

[3] TOMIZAWA, Guilherme. **A invasão de privacidade através da internet: a dignidade humana como direito fundamental**. Curitiba: JM livraria Jurídica, 2008, p. 19.

para a globalização, “a internet representa, hoje, a mais pura expressão do fenômeno da globalização das relações econômicas e sociais (...).”

Alguns negócios se expandiram tanto, que hoje não é mais necessário se locomover até o país vizinho para uma negociação ou para representação da empresa, que antes era feita pessoalmente, pois podemos verificar a estrutura toda de uma empresa simplesmente pelo acesso ao site que ela possua. Também, estudantes tem a oportunidade de desfrutar com a comodidade de seus aposentos domiciliares, por escolas de ensino a distância, o que dá oportunidade aquelas pessoas que não podem se deslocar facilmente, como portadores de deficiência ou quem por algum outro motivo os impedem sair de casa.

O comércio também ganhou novas oportunidades de publicidade e vendas, onde um pequeno empresário consegue vender seu produto a pessoas que estão a quilômetros de distância, de modo eficiente.

Porém, junto com a expansão, começaram alguns problemas de pessoas mal intencionadas, que acabam por corromper o mercado e deixando-o por diversas vezes inseguros trazendo graves conseqüências jurídicas as quais estudaremos nesse trabalho. Mas para tanto, precisamos conhecer um pouco desse mundo da internet e o que nos envolve nessa grande descoberta.

Por isso, a internet hoje é uma rede essencial para o desenvolvimento de qualquer atividade, seja para a sua produção ou para divulgação.

2.1 História da Internet

Difícil parar e pensar como surgiu a internet? E como deu origem a essa grande rede que interliga hoje o mundo todo? Jamais iríamos pensar que tudo começou por uma necessidade de comunicação das forças armadas, por uma necessidade do Departamento de Defesa norte-americano.

Ou seja, o objetivo inicial da internet nunca foi o mercado comércial, e sim para fins de segurança. Porém, o comércio, tanto pessoal quanto corporativo, foi o que mais teve sucesso e garantiu uma expansão no mercado.

Tudo começou no século XVII, quando o françês chamado Blaise Pascal, fez sua brilhante invenção, a calculadora, que hoje ainda é muito utilizada. Como a máquina de

Pascal fazia apenas cálculos básicos como adição e subtração, Gottfried Wilhem von Leibniz, matemático alemão, resolveu inovar e aperfeiçoar a calculadora para que pudesse também multiplicar e dividir. Após diversas incrementações nessas máquinas é que surgiu o computador eletrônico criado pelas forças Militares em 1946.[4]

Só em 1969 que surgiu a internet, onde o departamento de defesa dos Estados Unidos a ARPANETN (Advance Reserarch Projects Agency), tinha por finalidade interconectar os computadores, para que tivessem acesso ao compartilhamento de hadware e software. Era uma rede de comando individual, onde caso uma deixasse de funcionar, outras continuariam se comunicando sem problemas na rede

As pequenas redes locais foram criadas para garantir a comunicação mesmo que uma delas deixasse de funcionar, como poderia acontecer no caso dos Estados Unidos tivessem um ataque nuclear russo, assim garantiriam a comunicação das redes coligadas[5].

A partir da década de 70 começaram a surgir outras redes, dentre elas a NSFNET[6], onde a internet teve a sua significativa expansão.

Backbone, foi o nome dado a espinha dorsal dessa linha de comunicação, onde todos os computadores e redes ligadas entre si e com a conectividade através de um protocolo TCP/IP, que significa Transmission Constrol Protocol/ Internet Protocol, e que é responsavel pela ligação de outras redes.

Assim em 1989 nasceu a World Wide We (www) em Genebra, que é a rede de comunicação em massa, composta por diversas redes interligadas e que juntas não necessitam mais conhecer os inúmeros protocolos (TCP/IP) de acesso para a navegação, e, é formada por hipertextos, por isso que facilita a navegação.

No mesmo ano, a internet chegou ao Brasil, por iniciativa acadêmica. Por consequência foi criada a Rede Nacional de Pesquisa pelo Ministério de Ciência e Tecnologia, para que pudesse disponibilizar o serviço de acesso à internet, e interligar os Estados com linhas de comunicação que juntas compõe o backbone, ou seja uma espinha dorsal que interliga todas as redes.

---

[4] CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos processuais.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.55.

[5] PAESANI, Liliana Minardi. Direito **e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade Civil**. 2ª edição.São Paulo: Atlas. 2003, p 25.

[6] NSFNET- National Science Foundation Network, programa de financiamento da internet.

No entanto, só em 1995 o Ministério das Comunicações e da Tecnologia criou o Comitê Gestor da Internet (CG)[7], que regulamente toda a internet. Junto, foi aprovada a Norma 04/1995[8], que conceituou internet como sendo “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o ‘software’ e os dados contidos nos computadores”.

Alguns doutrinadores fazem seus próprios conceitos, mas não fogem da linha de conceito dada pela Norma. Assim, pode-se ver no conceito de Carla Rodrigues Araújo de Castro[9] conceitua internet como sendo:

> (...) uma grande rede de comunicação mundial, onde estão interligados milhões de computadores, sejam eles universitários, militares, comerciais, científico ou pessoal, todos interconectados. É a rede de redes, que pode ser conectada por linha telefônica, satélite, ligações por microondas ou por fibra ótica.

A internet passou por diversas adaptações e aprimoramento, ao ponto que, hoje, todas as atividades são facilitadas por essa grande invenção, melhorando e agilizando a vida de todos, no entanto, trouxe conflitos sociais, dos quais agora devem ser disciplinados. Desse modo, faz-se necessário, conhecer alguns regramentos básicos do Código Civil dos quais possamos aplica-lo na Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet, é o que se passa a estudar.

3 OS PROVEDORES E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Cada provedor é responsável por fornecer um determinado tipo de produto ou serviço a cada usuário, que poderá ser pessoa jurídica ou física. Assim, a cada tipo de dano causado aos usuários, se tem um ou mais responsáveis pelos danos causados a eles, sendo que, coube ao Código Civil de 2002 trazer a regulamentação deste dispositivo, sabendo que essa é uma antiga e ainda atual problemática jurídica na sociedade.

Com a expansão dos negócios jurídicos, tanto contratuais como extracontratuais, faz-se necessário uma adaptação jurídica mais aprofundada sobre a matéria de responsabilidade civil, uma vez que, a todo tempo novas relações jurídicas nascem e assim juntamente os problemas.

---

7 BRASIL. **Comitê Gestor da Internet**. Disponível em http://www.cgi.br/ . Acessado em 10 de abril de 2013.

8 Norma 04/95, aprovada pela portaria 148/95 do Ministério de Estado das Comunicações.

9 CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos processuais.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.61.

Para sanar esses problemas, o instituto da responsabilidade civil trouxe alguns meios de ressarcir e/ou indenizar a pessoa que teve seu bem lesado, porém, não há só uma finalidade de reparação do dano, mas também inibir a ocorrência de futuros danos.

É tamanha a importância, que ganhou volumes próprios de doutrinadores como Maria Helena Diniz, Silvio de Salvo Venosa, Silvio Rodrigues, entre outros. Mas, é tratada no Código Civil de 2002 apenas no Título IX e tem só 28 artigos que vão do artigo 927 a 954, o que significativamente seriam poucos artigos para contemplar um volume, o que explica a sua vasta importância.

O Código Civil não traz a responsabilidade civil dos provedores de internet, uma vez que, pois em 2002 a internet ainda estava em evolução, no entanto, trouxe problemas de danos desde o momento que entrou no mercado. Outrossim, sabe-se que toda relação jurídica que se inicia, tem como consequência uma prestação obrigacional, e caso cause danos, deve ser reparado.

Para falar em Responsabilidade dos Provedores, precisa-se analisar quem é o sujeito que cometeu o ato ilícito e que causou dano á outrem. Quando um terceiro causador do dano não puder ser localizado, se verifica quem são os provedores responsáveis ou se eles respondem solidariamente com os causadores diretos do dano. Passa-se a entender melhor o instituto da Responsabilidade Civil, para após analisar caso a caso dos provedores de internet e suas respectivas responsabilidades.

3.1 Conceito de provedores de serviços de internet

Sem os Provedores de Serviço de Internet, não tem como se falar em acesso a grande rede, sendo que, fazem a ponte entre consumidores e à rede virtual.

No entanto, para definir a responsabilidade dos provedores de internet, deve-se diferenciar cada serviço dos provedores. Para então, caracterizar quem realmente tem a responsabilidade pelo serviço oferecido.

Marcel Leonardi[10] conceitua provedores de serviço de internet: "É uma pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio

[10] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.25.

dela.”

Existem cinco espécies de provedores de serviço à internet, o provedor de *backbone*, provedor de acesso *(Internet Service Providers)*, provedor de conteúdo ou de *informação (Ontent provedes ou information Provedes)*, provedor de correio eletrônico e o provedor de hospedagem *(hosting service providers)*.

Embora para fins acadêmicos utilizarem apenas o provedor de *backbone*, o provedor de acesso e o provedor de informação como menciona o guia de usuário internet/Brasil encontrado no site da “Rede Nacional de Pesquisa” RNP (www.rnp.br).

Cada um dos provedores é encarregado por uma determinada prestação de serviço, no entanto, alguns disponibilizam serviços cumulados, os quais não podem ser confundidos, que é o caso de alguns provedores de acesso, quando juntamente com o acesso disponibilizam o provedor de conteúdo.

Para poder diferenciar a responsabilidade de cada provedor passa-se a conceituá-los:

Provedor de *backbone* - sua tradução como já mencionado é “espinha dorsal”, funciona realmente como um centro onde sustenta todos os tráfegos que passam pela internet.

No Brasil, a empresa que funciona como *backbone* é a Embratel, que é responsável por interligar todas as redes do país as outras redes mundiais.

Segundo a Rede Nacional de Pesquisa[11], em seu guia do usuário internet/Brasil:

> O provedor *backbone* opera, pois, no atacado de conectividade, vendendo acesso a outras empresas que farão a (pré) venda de acesso para usuários finais ou simplesmente utilizarão a rede para fins institucionais internos.

Provedor de acesso à internet – é conectado ao *backbone* sendo apenas um retransmissor do acesso à internet e é quem disponibiliza as informações no seu próprio espaço ou em de terceiro. Muitas vezes é quem cuida dos e-mails e acaba acumulando o serviço de provedor de acesso com o de provedor de conteúdo, pois além do acesso ele edita e publica informações na internet, onde é o caso da IG, BOL, UOL, POP[12] entre outras.

Ricardo Alcântara Pereira[13] refere-se diante do provedor de acesso como sendo:

---

[11] REDE NACIONAL DE PESQUISA **Guia do usuário Internet/Brasil**, versão 2.0, abril de 1996, documento n. RNP/RPU/0013D, p. 7/8. Disponível em http://www.rnp.br/_arquivo/documentos/rpu0013d.pdf . Acessado em 23 de abril de 2013.

[12] IG, BOL, UOL, POP, são os principais provedores de internet no Brasil de acesso gratuito.

> O provedor de acesso é uma espécie de ponte para a internet, é um computador provendo a conexão entre duas redes, dois sistemas de Informática. O internauta, utilizando-se de um modem, conectado à linha telefônica e de um programa cliente (*browser)*, disca do seu computador para o provedor, que possui a linha dedicada à internet, transformando, assim, o computador do usuário num nó da rede.

Mas, cabe aqui destacar também o conceito que a Rede Nacional de Pesquisa[14] deu ao provedor de acesso:

> Aquele que se conecta a um provedor de *backbone* através de uma linha de boa qualidade e revende conectividade na sua área de atuação a outros provedores (usualmente menores), instituições e especialmente a usuários individuais, através de linhas dedicadas ou mesmo através de linhas telefônicas discadas.

Provedor de conteúdo ou de informação – são os responsáveis em deixar as informações nos site. Como o próprio nome já faz menção, ele quem se responsabiliza pelo conteúdo deixado na página de internet. É onde serão divulgadas todas as informações e todas as pessoas do mundo terão acesso.

Os conteúdos disponibilizados podem ser classificados, sendo que, quando for o próprio provedor que coloca, onde chamados de controle diretos ou próprios, ou, quando os donos dos sites quem os controlam, chamando de controle de terceiro ou indiretos.[15]

Essa análise é de extrema importância na hora de imputar a responsabilidade dos provedores, para poder identificar quem serão realmente sujeitos de uma ação que possa vir em caso de ilegalidade.

Provedor de correio eletrônico - é dependente de uma pré-existência de acesso à internet, funciona como um serviço acessório e quase todos os provedores de acesso fornecem o correio eletrônico como acessório. No entanto podem ser vendidos separadamente, normalmente com contratos onerosos e de adesão, mas mesmo nos casos de serem fornecida gratuitamente a empresa que disponibiliza o provedor de correio eletrônico continua fornecendo serviço ao usuário destinatário final e assim estarão submetidos às regras do Código de Defesa

---

[13] PEREIRA, Ricardo Alcântara. **Ligeiras Considerações sobre a Responsabilidade Civil na Internet**. In BLUM, Renato M. S. Opice (coord.), Direito Eletrônico – A Internet e os Tribunais, 1ª ed., São Paulo, Edipro, 2001, p. 386.

[14] REDE NACIONAL DE PESQUISA **Guia do usuário Internet/Brasil**, versão 2.0, abril de 1996, documento n. RNP/RPU/0013D, p. 7/8. Disponível em http://www.rnp.br/_arquivo/documentos/rpu0013d.pdf . Acessado em 23 de abril de 2013.

[15] RAMOS, José Sergio. Monografia. **Responsabilidade Civil dos provedores de internet. Universidade do Vale de Itajaí**. Itajaí, 2009.

do Consumidor.[16]

Provedor de hospedagem – tem como função hospedar página ou sites, os quais receberam visitas dos usuários, é chamado também de hospedeiro, uma vez que não mexe no conteúdo da informação dos sites, apenas hospeda como se locasse a página ou o site através da internet.

À partir desses conceitos pode-se começar a falar em Responsabilidade Civil, uma vez que, a internet não pertence a um país ou a uma pessoa, e sim, são diversas organizações que a controlam. Assim, conseguiremos identificar, quem é o provedor que prestou o serviço o qual causou danos a alguma pessoa física ou jurídica.

3.2 A Responsabilidade Civil

3.2.1 Histórico da Responsabilidade Civil

Nas civilizações antigas, as pessoas que causassem dano à outra, eram vingados por uma coletividade, que se reunia contra o causador do dano, com a finalidade dele sofrer consequência pelo fato.

Com o passar do tempo houve alguma mudança no modo de agir da civilização, passando a ter caráter individual a vingança, onde não era mais uma coletividade que vingaria e sim a própria pessoa que sofreu o dano. É a época em que os homens faziam justiça com as próprias mãos, onde se falou na Lei do Talião, que denomina uma forma de reparação do dano, e a retribuição do mal pelo mal, “olho por olho, dente por dente”[17].

Era uma atitude para coibir abusos como Maria Helena Diniz[18] comenta: “O poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vitima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante o dano idêntico a que experimentou”.

Só com a *Lex Aquilia* que houve um grande marco na responsabilidade civil. Nela

16 LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 25.

17 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. **Responsabilidade Civil.** 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.19.

18 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p 11.

estavam estabelecidas as bases da responsabilidade extracontratual, passando de um “mal pelo mal” para uma forma pecuniária do causador do dano pagar pelo prejuízo, podendo ser chamada também de responsabilidade *aquiliana.* Assim, Maria Helena Diniz[19] salienta: “A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as base da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor”

Ou seja, antes ao invés de sanar o dano, causava-se duplo dano. A vítima o qual já teria sido lesionada e a do causador que seria punido, sendo que, essa punição não era uma forma de restituição ao dano causado e sim como forma de pena, pois era vingada com o mesmo dano que causou.

Após um tempo, com a lei *Lex Aquilia*, o estado passou a intervir nos conflitos de forma a fixar os valores das indenizações e a vitima passou a ser obrigada a aceitar a indenização em troca da sua vingança.[20]

A Teoria da Responsabilidade Civil (*lois civiles)* é o responsável pelo Princípio geral da Responsabilidade Civil, sendo que o autor da obra foi o jurista francês Domant, nessa época a responsabilidade civil já era distinguida da Responsabilidade Penal. Nessa evolução, também houve a caracterização da responsabilidade não só da culpa, a responsabilidade subjetiva, mas da responsabilidade sem culpa ou de risco, responsabilidade objetiva.

3.2.2 Definição de Responsabilidade Civil

O termo “responsabilidade” vem do latin *spondeo,* estabelecendo uma obrigação a quem respondia por ela, significando responder a alguma coisa. No entanto, é utilizado em diversas situações, em sentido amplo, como o sujeito com o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Por outro lado, no sentido de capacidade, o que não será objeto de estudo, pois só nos interessa aqui a responsabilidade por ato ou fato punível ou moralmente reprovável os quais violam o Código Civil.[21]

Nesse sentido, Rui Stoco comenta: “A responsabilidade é, portanto, resultado da

[19] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p 11.
[20] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p 11.
[21] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. **Responsabilidade Civil.** 3 ºed.São pulo: Atlas, 2003, p. 12.

ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação”.[22]

A Responsabilidade Civil se inicia com uma obrigação originária não cumprida. Essa obrigação originária não cumprida vira uma obrigação de indenizar, tal indenização deverá ocorrer de modo que a vítima do dano deve tornar a situação em que estaria sem a ocorrência do dano.[23]

Sendo assim, Maria Helena Diniz[24] conceitua Responsabilidade Civil:

> A Responsabilidade Civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Outro conceito o qual pode-se citar é o de Savatier, citado na obra de Silvio Rodrigues: “É a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.[25]

Nesse campo, deve-se observar a conduta do agente, referidos atos ou fatos lícitos ou ilícitos, os quais a sociedade reprova moralmente, e para isso o artigo 186 do Código Civil[26] conceitua ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Rui Stoco[27] comenta que “só a violação do direito já caracteriza o ato ilícito, independentemente de ter ocorrido o dano. Ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual”.

No entanto, comenta que o dano é indispensável e essencial para responsabilização do agente, seja a obrigação originada de ato ilícito, ou seja, de inadimplemento contratual,

---

22 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 119.

23 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9ª ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2010, p.5.

24 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 22 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p 35.

25 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v.4. Responsabilidade Civil. 20ª ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6. apud Cf, Rene Savatier. Traite de La responsabilité civile, Paris,1939, v.I, n.1.

26 BRASIL. lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 2002.

27 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 124.

mesmo se tratando de responsabilidade subjetiva ou objetiva.[28]

O ato ilícito é retomado no artigo 927 do Código Civil[29], que fala da obrigação de indenizar, no Titulo IX da Responsabilidade Civil, ele mesmo nos remete ou ao artigo 186 e 187 que conceitua ato ilícito, vejamos: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

3.2.3 Espécies da Responsabilidade Civil

Para entender melhor o instituto da Responsabilidade civil, os autores a dividiram em espécies, podendo ser quanto à natureza jurídica: Responsabilidade Civil contratual ou extracontratual e quanto a culpa poderá ser: Responsabilidade Civil subjetiva e objetiva.

A Responsabilidade Civil contratual ou também chamada de ilícito contratual rege-se pela Teoria Geral dos Contratos e é a responsabilidade que advém da inexecução de um contrato firmado, onde todas as partes tornam-se responsáveis pela obrigação contratual. Portanto, em casos de não cumprimento da obrigação, o culpado pelo dano terá a responsabilidade civil a qual foi estipulada nas cláusulas do contrato, quando já previa indenização em casos de inexecução da obrigação.

Já a Responsabilidade Civil extracontratual ou também chamada *Aquiliana,* é aquela em que o dever jurídico não foi estipulado em nenhum contrato, mas tem como fonte os deveres jurídicos que nascem com a lei e com todo ordenamento jurídico.

Essas duas espécies dão ensejo a uma reparação de dano, no entanto, a responsabilidade extracontratual poderá ser subjetiva ou objetiva.

A Responsabilidade Civil subjetiva é a regra geral estabelecida no já mencionado artigo 927 combinado com artigo 186 do Código civil, onde para a configuração da responsabilidade, o principal pressuposto a se provar é a dolo ou culpa do agente, mas devem vir seguido da ação ou omissão, Dano ou prejuízo e Nexo de Causalidade.

A Responsabilidade Objetiva é baseada na Teoria do Risco, onde quem exerce o

[28] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 129.

[29] BRASIL. lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 2002.

ato, assume o risco da atividade. Assim, ocorrendo danos, não precisa provar a culpa do causador do dano para que ele tenha o dever de reparar. Devendo assim apenas provar o dano e o nexo de causalidade

Desse modo, Nelson Nery Junior[30] comenta:

> O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (CC 927 par. ún.), que se funda na teoria do risco; para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois, basta a existência: a) do dano; e b) do nexo de causalidade do dano.

Sendo assim, não importa o tamanho do dano e nem a conduta do agente, que ela ainda assim responderá pelos danos causados a outrem.

3.2.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil

A ação ou omissão é uma conduta voluntária, a qual há uma violação da norma jurídica e que resulta em uma lesão a bem jurídico protegido. No entanto, ela não se confunde com a vontade do resultado, ou seja, o causador do dano pode ter a ação ou omissão, mas não ter vontade do resultado. Independente dessa vontade de resultado, a Responsabilidade Civil do causador do dano existe, a fim de, reparar e voltar ao estado a que se encontrou o bem jurídico antes do dano.[31]

A ação é uma conduta voluntária exteriorizada, consiste em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo.[32]

Já a omissão é uma abstração, surge da omissão de uma conduta em que a norma jurídica teria determinado que praticasse o ato exigido. Tinha o dever jurídico de agir e mesmo assim não o fez.

O dano ou prejuízo é um pressuposto indispensável e, não a divergência entre os doutrinadores de que não há Responsabilidade Civil sem dano. Mas o dano que falamos, não

---

30 NERY, Nelson Junior. **Código Civil Comentado**. 6ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 733.

31 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131.

32 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 24.

seria só o dano exteriorizado com uma conduta (ação ou omissão), mas poderão ser danos causados a valores de ordem interna, os direitos de personalidade. Também, é aqui que se estuda a teoria da "perda de uma chance" como gênero de indenização juntamente com os lucros cessantes e os danos emergentes, pois todos buscam a reparação do dano ou do prejuízo com a indenização.

Autores como Silvio de Salvo Venosa[33] fala em dano ou interesse: "Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse (...)".

Maria Helena Diniz[34] salienta que: "não pode haver Responsabilidade Civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão".

Rui Stoco[35] completa o conceito:

> O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilidade do agente, seja essa obrigação originada de ato licito, nas hipóteses expressamente previstas; de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independentemente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Com esses conceitos podemos concluir que o dano se faz necessário para todas as espécies de responsabilidade, a contratual ou extracontratual (*aquiliana*), objetiva ou subjetiva e direta ou indireta.

Outro pressuposto indispensável em qualquer espécie da Responsabilidade Civil é o nexo de causalidade. Na Responsabilidade Civil objetiva, dispensamos a culpa, mas nunca o nexo causal.

O nexo causal é uma relação derivada das leis naturais como alguns autores expõem, é por meio dessa relação de causalidade que podemos identificar quem foi o causador do dano e o que une a conduta do agente ao resultado danoso.

Para Sergio Cavalieri Filho nexo causal é:

> O conceito de nexo causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do

---

33 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.

34 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 22 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p 60.

35 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 129.

> agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim como: se chover fica molhado.[36]

O juiz ao analisar casos de responsabilidade civil, deverá eliminar todos os fatos irrelevantes para a efetivação do dano e demonstrar o fato ocorrido, o qual sem ele o resultado do dano jamais teria ocorrido.

Para ajudar na análise do caso concreto, existem teorias as quais buscam uma melhor solução para cada caso.

Ainda Sergio Cavalieri Filho[37] comenta em especial duas teorias, a Teoria da equivalência dos antecedentes e a Teoria da causalidade adequada. Sendo que, a Teoria da causalidade adequada é mais utilizada na esfera civil. Existem outras teorias que auxiliam no nexo de causalidade, mas essas duas são as mais utilizadas.

As excludentes de responsabilidade que impedem que o nexo causal se concretize são a culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente, culpa comum, culpa de terceiro, por força maior ou caso fortuito e a clausula de não indenizar na esfera contratual. Essa seleção de excludente de responsabilidade pelo nexo causal é dada por Maria Helena Diniz.

A culpa diferente dos outros pressupostos é dispensável na Responsabilidade Civil objetiva também chamada responsabilidade de risco ou responsabilidade sem culpa.

Mas na responsabilidade subjetiva a culpa tem que ser provada ou presumida.

Para compreendermos quando a culpa deve ser provada ou presumida, precisamos compreender seu conceito analisando a interpretação dos doutrinadores, já que a legislação não definiu nem conceituou o que seria culpa.

O dolo e a culpa vêm comentados no artigo 186 do Código Civil[38], quando dispõe que “ato ilícito é quando alguém por ação ou omissão voluntária, que seria o dolo, negligência ou imprudência, falando da culpa, viola direito ou causa dano a outrem, mesmo que moral”.

Então a culpa também é uma ação ou omissão, mas se revela através da imprudência, negligência ou da imperícia. Ou seja, a culpa é “uma conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, po-

---

[36] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.
[37] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47
[38] BRASIL. lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 2002.

rém previsto ou previsível" "são elementos da culpa: uma conduta voluntária com resultado involuntário; previsão ou previsibilidade; e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção".[39] Podemos dizer que ao contrário do dolo a culpa não tem a intenção final de dano, sendo que o resultado era involuntário, mais por falta de um dever de cuidado acabou ocorrendo.

No estudo da culpa os doutrinadores a classificam em duas espécies, a culpa em sentido amplo e a sentido estrito. Em sentido amplo é o dever jurídico violado, mas não só aquela conduta intencional, o dolo, mas também aquela conduta violada por imprudência, negligência ou imperícia. Ou seja, podemos dizer que a culpa em sentido amplo abrande o dolo e a culpa em sentido estrito. Rui Stoco [40] conceitua culpa em sentido estrito como sendo:

> A culpa em sentido estrito traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto de erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo médiuns.*

Sendo assim, nas condutas inevitáveis, o qual seu resultado seria imprevisto ou imprevisível, não podemos configurar a culpa.

A reparação do dano causado pela culpa do agente pode ser medida, para que a indenização seja equivalente ao dano sofrido. Dessa maneira, o artigo 944 do CC[41] dispõe que "a indenização mede-se pela extensão do Dano" e 945 também do CC fala na culpa concorrente. Ambos os artigos impedem o enriquecimento ilícito, uma vez que a indenização deve ser proporcional ao dano ocorrido. No entanto, a culpa grave, leve ou levíssima é igualmente passível de indenização, o que irá definir o valor estipulado pelo juiz, será a gravidade do dano juntamente com a gravidade da culpa do agente.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que trata da Responsabilidade Civil, traz a culpa e com ela vêm diversos questionamentos. A culpa é elemento integrante do ato ilícito, então onde não houver culpa não haverá ato ilícito. Só que o parágrafo único fala da exceção da responsabilidade sem culpa, pois a regra sempre será a responsabilidade com culpa, a responsabilidade subjetiva. Ou seja, só serão responsabilizados sem culpa os casos em que a lei já prevê.

> Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a

---

[39] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

[40] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.132.

[41] BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 2002.

> repará-lo.
>
> Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.[42]

Complementando Rui Stoco[43] salienta:

> Note-se que o referido preceito excepcionado é expresso e não deixa margem a dúvida, pois só estabelece a obrigação de reparar o dano “independente de culpa” nos casos expressos em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor implique em risco para terceiros. Evidente que se a atividade desenvolvida for normal, sem risco inerente, volta-se à regra da responsabilização mediante culpa, por força da regra geral do artigo 186.

No entanto, para Pablo Stolze citado na obra de Rui Stoco[44], tem a visão da culpa como sendo um elemento meramente acidental da Responsabilidade Civil, e não é um elemento essencial como muitos doutrinadores já colocavam.

Esses casos de responsabilidade sem culpa, é características dos provedores de internet quando danos causados por seus próprios atos e que passa-se a estudar adiante.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET

Enfim chega-se ao tema principal desde trabalho, em que se buscara uma análise da Responsabilidade Civil que cada provedor de internet irá ter por seus próprios atos ou por atos de seus usuários ou de terceiros.

Lembrando que, os provedores fazem parte de uma relação contratual, porém nem sempre será o Código de Defesa do Consumidor o qual irá amparar o consumidor de serviços dos provedores.

Nesse mundo da internet, nos deparamos com diversos abusos e violação de direitos, os quais podem atingir direitos personalíssimos e direitos materiais de usuários. Para garantir um ciberespaço mais seguro e livre de invasões, são impostas obrigações aos provedo-

---

[42] BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 2002.

[43] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 133.

[44] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 133.

res para que minimizem as suas responsabilidades em casos de ato ilícitos.

> Além da responsabilidade civil material (pelo dano emergente e pelo lucro cessante), a vítima pode também sofrer um dano moral, tendo seu equilíbrio emocional e psicológico abalado pelo ato ilícito, de modo que uma indenização de cunho moral pode também ser exigida juntamente com a indenização material.[45]

Todos os danos que ocorrem no ciberespaço devem ser atribuídos à responsabilidade a alguém, seja ao provedor, ou aos usuários; ao próprio cidadão que cometeu ato ilícito, ou aos três solidariamente.

Porém, para muitos casos são necessárias perícias técnica afim de averiguar o verdadeiro causador do dano e poder a ele imputar a responsabilidade pelo ato ilícito.

Os provedores quando gerar danos a seus usuários pela má prestação do serviço terão sua culpa presumida, uma vez que, mesmo que alguns dos provedores dependam de serviços de outras empresas, estão exercendo uma atividade de risco, no entanto, em casos de danos a seus usuários devem responder objetivamente conforme a regra do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, para caracterizar a responsabilidade dos provedores é preciso analisar a natureza da atividade exercida e as cláusulas contratuais entre eles e o tomador de serviço.

O artigo 14 do CDC fala da responsabilidade civil dos fornecedores de serviço:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - o modo de seu fornecimento;
>
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi fornecido.
>
> § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
>
> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
>
> § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

---

[45] MENEZES. Rafael José de. **Responsabilidade civil na internet e cybercrimes**. Disponível em http://rafaeldemenezes.adv.br/artigo/Responsabilidade-Civil-na-internet-e-Cybercrimes/31 . Acesso em 16 maio 2013. p.1.

Nota-se que o Código de Defesa do Consumidor, utiliza a responsabilidade objetiva para os fornecedores de serviços classificando pelo defeito do serviço, dano experimentado pelo consumidor e a relação de causalidade entre o defeito e o dano. Para identificarmos os tipos de defeitos o parágrafo 1° trouxe apenas um rol exemplificativo, o qual dependerá da atividade exercida pelo fornecedor de serviço.[46]

Já o parágrafo 2º, refere-se ao produto que era adequado na época em que foi contratado, no entanto, para os provedores de internet não se aplica, uma vez que o serviço contratado é uma atividade continuada tendo o dever de atualizar seus equipamentos no momento da utilização e não só no momento da contratação.

Na sequência o parágrafo 3º trata das excludentes de responsabilidade apenas a inexistência de um defeito e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, mas a doutrina em determinados casos admite também o caso fortuito e a força maior.[47] O parágrafo 4° apenas trata dos casos de profissionais liberais que terão responsabilidade subjetiva, ou seja, mediante a comprovação de culpa.

Os provedores de serviço de internet, como são fornecedores de serviços, respondem nos casos de vícios na qualidade conforme dispõe o artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor[48]:

> O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
>
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
>
> III - o abatimento proporcional do preço.
>
> § 1° A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.
>
> § 2° São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

---

[46] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.63.

[47] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.64.

[48] BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set 1990.

Igualmente, não adianta o fornecedor do produto estabelecer cláusulas que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar ao consumidor que teve dano por vício de qualidade ou de quantidade no serviço.

O artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor dispõe exatamente nesses casos, proibindo a existência dessas cláusulas. No entanto, mesmo com o artigo expressamente proibindo, alguns fornecedores de produtos colocam tais cláusulas com o intuito de inibir o consumidor ao pedido de indenização ou da reparação do dano, mas essa cláusula pode ser considerada nula e abusiva.

No parágrafo 2° do mesmo artigo, expõe que respondem solidariamente os casos de dano causado por componentes ou peças incorporadas do produto ou serviços fornecido por fabricantes, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

> Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.
>
> § 1° Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.
>
> § 2° Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.[49]

Para a Responsabilidade Civil dos provedores de internet o § 2º do artigo 25 é de extrema relevância, uma vez que os provedores de serviço de internet serviços necessitam de diversos componentes de terceiros. Mas a responsabilidade nos casos dos provedores de serviço de internet nem sempre será solidária, o que dependerá de casa tipo de provedor e seu serviço disponibilizado, os quais veremos nos próximos itens deste capitulo.

Também no artigo 50 do CDC, menciona hipóteses de cláusulas abusivas de fornecedores de produtos e serviços, tornando essas cláusulas nula.

Quando o fornecedor do produto não for considerado uma relação de consumo, o fornecedor respondera pelo artigo 931 do Código Civil, em casos de danos nos produtos postos em circulação e o adquirente do produto não precisará provar a culpa do fornecedor.

Mas, como já mencionada, cada provedor de serviço de internet presta um serviço diferente, é preciso então analisar cada provedor e suas respectivas obrigações, para enquadra-los nas hipóteses de responsabilidade.

---

[49] BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set 1990.

Os autores ao entrarem nesse tema separam a responsabilidade dos provedores por atos próprios e abrem outro tópico para falar de atos dos usuários ou de terceiros, no entanto, aqui nos cabe falar tanto dos atos próprios quanto atos dos usuários e de terceiro no mesmo item, para analisar com mais precisão a diferença nessas duas ocasiões.

4.1 Responsabilidade Civil do provedor Backbone

O provedor de backbone, também chamado de espinha dorsal, é responsável apenas por disponibilizar acesso à infraestrutura do trafego de dados da rede. Ou seja, não exerce atividade de edição e nem monitora as informações.

Não existe relação de consumo entre os provedores backbone e o Provedor de Acesso, sendo assim, é licito em casos de inadimplemento o provedor interromper a prestação de serviço, pois apesar da internet ser de grande utilidade, não é considerado como essenciais ou indispensáveis a população, por isso não se aplica a regra do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, que trata do princípio da continuidade.

Assim só responderá o provedor de backbone em casos de falhas na prestação de serviço, conforme artigo 931 do Código Civil.

4.2 Responsabilidade Civil do Provedor Acesso

O provedor de acesso é aquele que presta um serviço de intermediação entre o usuário e a rede, é o provedor que conecta o usuário a internet, sem deixar de lado a eficiência a segurança e a continuidade do serviço. Ou seja, o provedor apenas disponibiliza ao usuário o acesso à internet, mas não tem controle dos conteúdos utilizados pelos usuários.[50] Mas, deve garantir a continuidade do serviço, só podendo impedir o acesso de seus usuários por ordem judicial.

[50] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.67

Enquadra-se no conceito de fornecedor de serviço do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, e presta um serviço de intermediação entre o usuário e a rede. Claudia Lima Marques conceitua fornecedor de bens e serviços como :

> Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação,distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços[51]

A atividade do provedor de acesso, portanto, é uma atividade de fornecedor de serviço e está vinculada a disponibilidade de outros fornecedores de serviços, mas não se isentará da responsabilidade nos casos de falhas dos serviços contratados.

Marcel Leonardi[52] comenta os casos em que o provedor de acesso responde por seus próprios atos que causar danos aos usuários.

> O provedor de acesso responde pelos danos causados ao usuário decorrentes da má prestação dos serviços, tais como nas hipóteses de falhas na conexão, de velocidade de transmissão de dados inferior à contratada, de interrupção total da conexão, de impossibilidade de conexão momentânea ou permanente a determinados *web sites* ou serviços da Internet de acesso livre, de queda da qualidade ou da velocidade de conexão em horários de maior utilização dos serviços, entre diversos outros. (...) o provedor de acesso também responde pelos danos causados na hipótese de seus sistemas informáticos atribuírem, equivocadamente, a conexão de um computador à Internet ao nome de determinado consumidor sem que efetuem a verificação prévia de seu nome de usuário e de sua senha respectiva.

Sendo assim, os provedores de acesso à internet, nos casos de danos causados a usuários decorrentes de seus próprios atos (má prestação de serviço), respondem de forma objetiva, ou seja, o usuário não precisa provar a culpa do provedor, para que ele se responsabilize pelo dano que causou ao usuário.

As excludentes de responsabilidade são tratadas no parágrafo 3° do artigo 14 do CDC, podendo ser nos casos de defeito inexistente ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Alguns doutrinadores utilizam como excludente a força maior ou do caso fortuito, mesmo o artigo não tratando desses casos.

Como já citado, alguns provedores de serviço de internet ao firmarem contrato com seus usuários, utilizam cláusulas excluindo a responsabilidade em determinados casos, os quais eles tem o dever de agir, assim como, utilizam cláusulas impossibilitando o usuário de

---

[51] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumido: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. ver., atual. e ampl. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 326.

[52] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.67.

pedir indenizações em casos de danos. No entanto, essas cláusulas não os isentam de responsabilidade.

Todas essas cláusulas dos contratos de adesão que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação do provedor de acesso, serão cláusulas abusivas e nulas conforme artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor, já mencionado nos itens anteriores.

As indenizações serão ponderadas na medida do dano causado ao usuário, sendo que meros aborrecimentos terão apenas descontos nas suas faturas mensais, já os casos mais graves de danos, o provedor deve reparar o dano integralmente e se ocorrer dano moral deverá ser indenizado.

Conclui-se, portanto, que os provedores de acesso à internet, responderá de forma objetiva conforme artigo 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, por danos causados a seus usuários, mesmo que o defeito seja de dependência de terceiros, sendo assim, fundamentar-se-á pelo § 2º do artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor: “Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação”[53]

Já os casos em que os danos forem praticados por atos de seus próprios usuários ou de terceiros, são analisados por outro enfoque.

Como a atividade do provedor de acesso a internet se limita a conexão do usuário a internet, não lhe cabendo o controle das atividades os quais seus usuários ou terceiros exerçam.

Assim, em casos de conteúdo ou informações difamatórias imputadas a alguém, como provedores não tem acesso a este conteúdo, não se pode cobrar uma responsabilidade se não a subjetiva, ou seja, precisa provar a culpa do provedor de acesso para que possa lhe imputar uma reparação ao dano.

Isso se dá, pela falta de nexo de causalidade com o dano, pois seria impossível do provedor impedir a ocorrência, uma vez que, o provedor de acesso apenas faz a intermediação entre o usuário e a rede.

Para Marcel Leonardi “Essa responsabilidade somente pode ser imputada a um provedor de serviços de internet quando este é notificado a respeito da existência de determi-

---

[53] BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set 1990.

nado conteúdo ilícito e nada faz para remover ou bloquear o acesso a ele".[54]

No caso comentado por Marcel Leonardi, o provedor de acesso será responsável por omissão, negligência ou imprudência, respondendo de forma subjetiva conforme artigo 186 do código civil.

No entanto, nos casos do provedor não ter conhecimento do conteúdo ofensivo, observa Antônio Jeová Santos[55]:

> No que tange ao alojamento de dados, a responsabilidade civil não incidirá desde que o provedor não tenha conhecimento efetivo de que a atividade ou a informação é ilícita e, no que se refere á ação, não tenha conhecimento de fatos ou circunstancias pelas quais a atividade ou a informação revele seu caráter ilícito, o PSI deve atual imediatamente para retirada da informação ou fazer com que o acesso ao sítio ou página se torne impossível.

Assim, podemos identificar que, nos casos de danos causados a seus usuários por atos próprios, os provedores de acesso, responderão de forma objetiva conforme artigo 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor e, nos casos de danos praticados por atos de usuários ou de terceiro, em princípio estará isenta de responsabilidade, e só será imputada uma responsabilidade subjetiva nos casos de omissão, negligência ou imprudência do provedor de acesso, enquadrando-se no artigo 186 e 927 caput do Código Civil.

4.3 Responsabilidade Civil do Provedor de Informação ou Conteúdo

Os provedores de Informação ou de conteúdo são os que disponibilizam as informações na internet, exercendo o controle editorial dessas informações, por isso, sua responsabilidade é mais agravada que as dos demais provedores.

A norma nº 04/95, aprovada pela Portaria nº 148/95 do Ministério das Comunicações, apresenta o provedor de serviço de informação como sendo "a entidade que possui informações de interesse e as dispõe na Internet, por intermédio do serviço de Conexão à Internet".[56]

Por estar no papel de controlador editorial, a responsabilidade a princípio será ob-

---

[54] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.98.
[55] SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral na Internet**.São Paulo: Método, 2001, p122-123.
[56] Norma nº 04/95, aprovada pela Portaria nº 148/95 do Ministério das Comunicações.

jetiva, sendo que, assume o risco de eventual ataque a direito personalíssimo de terceiro.

Alguns doutrinadores, como Antônio Jeová Santos[57], separa os conteúdos expostos na internet como conteúdos diretos, que são aqueles que o próprio provedor são os autores, e o indireto ou de terceiros, não sendo de autoria do provedor.

Esses conteúdos Marcel Leonardi[58] estuda separadamente cada informação que é disponibilizada, podendo ser pela forma má utilizada de *lincks e de cookies,* a propaganda eleitoral; o direito autoral; a publicidade enganosa; abuso no exercício da liberdade de manifestação de pensamento ou de imprensa; incorporação de conteúdos alheios como se fossem próprios.

Cada um desses modos de disponibilizar informação: são estudadas de maneira diferente, como a de abuso da liberdade de manifestação de pensamento ou de imprensa, que deverá ser levada em conta a responsabilidade civil da Lei de Imprensa[59] parágrafo 2° artigo 49.

Quanto à violação dos direitos autorais, será amparado pela Lei nº 9.610/1998, Lei de Direitos Autorais, assegurando a imediata suspensão ou interrupção dos conteúdos. Assim, apesar de ser dos principais desafios do Direito Moderno todos os casos enquadrados nessa hipóteses de violação a direitos autorais e demais casos relativos à propriedade intelectual, serão resolvidos a partir da Lei de Direitos Autorais.

Antônio Jeová Santos destaca seu posicionamento nos casos conteúdo ofensivo de não conhecimento do provedor: “No que tange ao alojamento de dado, a responsabilidade civil não incidirá desde que o provedor não tenha conhecimento efetivo de que a atividade ou a informação é ilícita (...)”.[60]

Mas nos casos em que o provedor tem o conhecimento que o conteúdo é ofensivo deve atuar imediatamente retirando a informação ofensiva:

> Uma vez ciente pelo ofendido que está sendo exibida mensagem ofensiva, o provedor tem a faculdade de baixar a página, excluindo-a de sua site, mantê-la ou demorar-se a tomar a providência pleiteada extrajudicialmente. Mantendo o página por entender que o contudo da informação não ofende o usuário, somente o Poder Judi-

---

57 SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral na Internet**.São Paulo: Método, 2001, p122-123

58 LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 63-108.

59 BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. **Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação**. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 fev 1967.

60 SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral na Internet**.São Paulo: Método, 2001, p122-123.

> ciário poderá dirimir a situação[61]

Analisando casos jurisprudenciais, nota-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em não aplicar o artigo 927 do Código Civil e nem a aplicar o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor para os provedores de conteúdo.

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROVEDOR DE CONTEÚDO DA INTERNET. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO. SÚMULA N. 7/STJ. 1. O provedores de conteúdo da internet não se submetem ao art. 927 do CC/2002, que trata da responsabilidade objetiva, pois a inserção de mensagens com conteúdo ofensivo no site não constitui um risco inerente à atividade, nem tampouco ao art. 14 do CDC, por não se tratar de produto defeituoso. 2. Possuem responsabilidade subjetiva por omissão os provedores de
>
> internet que, após serem notificados sobre a existência de página com conteúdo ofensivo, permanecem inertes. 3. No caso concreto, o Tribunal de origem, analisando a prova dos autos, concluiu pela configuração do dano moral, em virtude da inércia da recorrente em bloquear a página da rede social com conteúdo ofensivo, condenando-a ao pagamento de danos morais. 4. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ. 5. O valor da indenização foi fixado de forma a preservar a dupla finalidade da condenação, considerando as peculiaridades subjetivas do caso. Rever tal entendimento implicaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pelo óbice da referida Súmula. 6. Agravo regimental desprovido.
>
> (...) Esta Corte já decidiu pela inaplicabilidade do art. 927 do CC/2002, que trata da responsabilidade objetiva, aos provedores de conteúdo da internet, pois a inserção de mensagens com conteúdo ofensivo no site não constitui um risco inerente à atividade, nem tampouco do art. 14 do CDC, por não se tratar de produto defeituoso. No entanto, os provedores de internet, que após serem notificados sobre a existência de página com conteúdo ofensivo permanecem inertes, possuem responsabilidade subjetiva por omissão.(...)[62]

Em razão disso, negou provimento ao Agravo regimental, pois o autor havia requerido a retirada do conteúdo e o provedor permaneceu inerte quanto a retirada da página, sendo assim, sua responsabilidade é subjetiva e nesse caso que foi comprovada a culpa do provedor de conteúdo, deverá indenizar o ofendido.

4.4 Responsabilidade Civil do Provedor de Correio Eletrônico

---

[61] SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral na Internet**.São Paulo: Método, 2001, p122-123.

[62] BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Ação indenizatória nº 137.944 - RS (2012/0003695-0). Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Irismar Lira. Relator : Ministro Antonio Carlos Ferreira Decisão: 21/03/2013 DJe 08/04/2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br . Acessado em 30 maio 2013.

O poder Judiciário trabalhista, já equiparou o correio eletrônico ao correio convencional, assim hoje, usa-se o mesmo diploma do artigo 5º inciso XII da Constituição Federal[63], quanto ao sigilo à correspondência.

> É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No entanto, alguns doutrinadores interpretam que o *e-mail* é similar ao cartão postal, que pode ser visualizado por qualquer pessoa, não aceitando então o entendimento de que *e-mail* é inviolável igual às correspondências tradicionais. Cabendo assim, aos juízes interpretar da melhor forma, uma vez que, a Constituição Federal não faz menção ao sigilo da correspondência eletrônica.[64]

Antônio Jeová dos Santos[65] identifica a Lei de Imprensa a todos os meios de comunicação, vejamos:

> É palmar a atuação dos provedores, em tudo similar à de editores quando oferecem este tipo de serviço. Prestando informações, atuam como se fossem um diretor de publicações, entre elas, jornais revistas e periódicos. A responsabilidade prevista na lei de Imprensa é a mesma para editores de jornais e estes meios modernos de informação.

O correio eletrônico nos traz riscos muito maiores de uma correspondência convencional, mas há uma expectativa de privacidade da correspondência eletrônica não ser lida e nem interceptada por terceiros e, até mesmo, pelo provedor de correio eletrônico. O provedor deverá disponibilizar o acesso ao *e-mail*, apenas aqueles usuários que contratem o serviço, e ainda, o contratante só poderão acessar com o nome e senha, impedindo acesso de terceiros.

Assim, o provedor de correio eletrônico deve tomar o máximo de precaução quanto à inviolabilidade, mas, caso ocorra à violação do e-mail por terceiros, os quais não foram submetidos por autenticação de nome e senha, ai sim, o provedor de correio eletrônico responderá por eventuais danos causados a seus usuários. Nesse caso, o dano deve ser integralmente reparado com danos morais caso o tenha, mas o usuário deverá provar ao menos dano e nexo de causalidade, não sendo necessária a culpa do provedor, pois responderá objetivamen-

---

63 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado.

64 TOMIZAWA, Guilherme. **A invasão de privacidade através da internet: a dignidade humana como direito fundamental**. Curitiba: JM livraria Jurídica, 2008, p. 105.

65 SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral na Internet**.São Paulo: Método, 2001, p122-123.

te pelos danos causados.[66]

O provedor de correio eletrônico, assim como o provedor de acesso, responderá objetivamente nos caso de danos por má prestação do serviço, mesmo que o dano tenha ocorrido por falha do serviço de terceiros, do qual o provedor usufrui do seu serviço.

Nos casos das clausulas abusivas, segue também a mesma linha dos provedores de acesso, sendo que serão nulas as cláusulas que limitem a responsabilidade do provedor em caso de danos. As excludentes de responsabilidade só se darão nos casos mencionados no § 3º do artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de uma relação de consumo, enquadrada do artigo 3º do mesmo Código.

Sobre a responsabilidade dos provedores nos casos de invasão por *hackers*, Roberto Senise Lisboa, citado por Marcel Leonardi[67] destaca:

> Caso se demonstre a culpa exclusiva de terceiro, como se verifica na hipótese do *hacker* a provedora poderá se beneficiar dessa excludente de responsabilidade, recaindo o dever de indenização por danos morais em desfavor do real violador (artigo,II da Lei nº 8.078/1990).

Passando para os danos por atos ilícitos praticados por usuários ou por terceiros, entende-se que, o provedor de correio eletrônico apenas dá acesso a conta eletrônica a seus usuários através de uma senha pessoas de cada um, não tendo o controle dos conteúdos das mensagens e outras informações enviadas pelo *e-mail*, assim, um usuário que utiliza o serviço de maneira ilícita deve responder a tal conduta.

O artigo 931 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que as empresas respondam por danos causados pelos seus produtos postos em circulação, independente de comprovação da culpa, no entanto, não se aplica aquele consumidor que utiliza o produto de forma ilícita.

Marcel Leonardi exemplifica: “A ninguém correria responsabilizar o fabricante de automóveis pelos danos causados pelos motoristas que causou acidente de transito ou que participa de corridas ilegais nas ruas, usando os veículos fabricados pela empresa”[68]

A não ser que esse ato ilícito de usuários ou terceiros, tenha concorrência com atos

---

[66] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.68-70.

[67] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.70.

[68] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.100.

do provedor. Assim, fará necessária a comprovação do dano, do nexo de causalidade e a culpa do provedor de correio eletrônico quanto à concorrência para o ato ilícito. Respondendo de forma subjetiva, aplicando-se o artigo 186 do Código Civil.

Nesse sentido, verifica-se o julgado, onde pediu indenização por ofensas veiculadas de seu e-mail e encaminhada a terceiros por intermédio do serviço de correio eletrônico. Em sentença, foram indeferidos os pedidos, entendendo que inexistiram falhas no serviço prestado, tendo havido culpa exclusiva do usuário.

O Tribunal mantém a decisão, e o Recurso especial interposto pelo autor, foi negado provimento com o argumento de que, isenta de responsabilidade o provedor de correio eletrônico por dano moral, pois não tem o dever de fiscalizar o conteúdo das mensagens e, por não ser risco inerente a atividade, não aplicando assim a regra da responsabilidade objetiva:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL). FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DAS MENSAGENS ENVIADAS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM OFENSIVA. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. BLOQUEIO DA CONTA. DEVER. IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO. INDICAÇÃO DO PROVEDOR DE ACESSO UTILIZADO. SUFICIÊNCIA.[69]

Então concluímos que, quando ocorrer danos por atos próprios do provedor de correio eletrônico, sua responsabilidade será objetiva de acordo com o artigo 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor. Apenas excluindo a responsabilidade nos casos previstos no §3 do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, o que não ocorre no caso em tela. No entanto, nos casos de danos, por atos ilícitos de usuários ou de terceiros, só responderá mediante comprovação de culpa, responsabilidade subjetiva do artigo 186 e 927, caput, do Código Civil.

4.5 Responsabilidade Civil do Provedor de Hospedagem

O provedor de conteúdo é destinatário final dos serviços do provedor de hospedagem, assim há uma relação de consumo entre eles, respondendo objetivamente por danos cau-

[69] BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ação indenizatória.nº 1.300.161 - RS (2011/0190256-3). RSTJ vol. 227 p. 504. Recorrente : José Leonardo Bopp Meisterre. Recorrido : Microsoft Informática Ltda. Relatora : Ministra Nancy Andrighi. Decisão: 19/06/2012 DJe 26/06/2012 Disponível em: http://www.stj.jus.br . Acessado em 30 maio 2013.

sados. Além de ser indispensável à contratação de um provedor de conteúdo para que se possa veicular as informações do provedor de hospedagem.

O provedor de hospedagem é mero distribuidor de informação, e assegura o armazenamento de arquivos, fornecendo espaço ao servidor de conteúdo para armazenar as informações, no entanto, não possui qualquer controle sobre essas informações armazenadas pelo provedor de conteúdo.[70]

Ou seja, como não tem controle do conteúdo armazenado pelo provedor de conteúdo, o provedor de hospedagem só responderá por danos causados pela má prestação de serviço ou quando houver falhas nos equipamentos informáticos ou defeitos no sistema de segurança contra invasões, como acontece com todos os outros provedores.

Nesses casos, a vítima deverá provar o dano e o nexo de causalidade, no entanto não precisa provar a culpa, uma vez que, os provedores deve arcar com os riscos da atividade, não podendo transferir a responsabilidade para seus usuários.

O provedor de hospedagem, assim como os outros, tem o costume de firmar contratos de adesão limitando garantias de adequação de serviço e limitando suas responsabilidades nos casos de danos, no entanto, essas cláusulas são abusivas e consideradas nulas. As excludentes de responsabilidade deste provedor também estão previstas no § 3 do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A respeito da responsabilidade dos provedores de hospedagem por atos ilícitos cometidos por seus usuários ou por terceiros, podemos citar o mesmo exemplo dado por Marcel Leonardi: “como uma livraria ou banca de jornais e revistas não controla o conteúdo das publicações que vende, o provedor de hospedagem não exerce quaisquer atividade de edição”.[71]

Como o provedor de hospedagem não tem controle das informações nem do conteúdo, não se pode imputá-lo a responsabilidade pelo dano causado do autor de um ato ilícito. Não há relação nenhuma entre o autor do ato ilícito e o provedor de hospedagem, pois esse não é titular da página hospedada apenas cede o espaço para armazenar um conteúdo, não se falando em responsabilidade solidária.

Marco Aurélio Greco expõe seu posicionamento sobre o controle de trafego de in-

---

[70] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p 70/104.

[71] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p 104

formações:

> (...) tanto o provedor de acesso como o provedor de espaço (hospedagem) não estão obrigados a acessar nem controlar o que está sendo trafegado pelo sistema que disponibilizam; o primeiro tem autorização para fazê-lo por razões de avaliação da eficiência do sistema, otimização de fluxos etc., mas não por uma razão ligada ao controle sobre o respectivo conteúdo; o segundo pode ter pleno acesso aos conteúdos, embora não esteja obrigado a fazê-lo.[72]

Nesse sentido podemos observar este julgado, em que a autora pede indenização por danos morais, por um terceiro que fez perfil falso em seu nome, pediu ao provedor de hospedagem o numero do IP de quem originou o dano, assim como, os dados e o nome do proprietário da linha

O provedor em Agravo de instrumento Provido, não tem obrigação de guardar informações pessoais dos usuários e não é da natureza da atividade do provedor de hospedagem fiscalizar os conteúdos, servindo apenas como hospedeiro de páginas.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PERFIL ORKUT. GOOGLE. IDENTIFICAÇÃO DO CRIADOR DA PÁGINA. IMPOSSIBILIDADE.
>
> No caso em tela, provedor de hospedagem *Google*, não possui os dados relativos aos nomes, endereço e outros identificadores dos hospedantes, a não ser, o número do IP. Ademais, não é compelido a armazenar dados pessoais de seus usuários, não sendo possível o fornecimento de informações que não possui em seu banco de dados, tais como: o nome completo, CPF, RG e o endereço pessoal de seu usuário.AGRAVO PROVIDO.[73]

O provedor só será responsabilizado em casos de omissão, negligência ou imprudência, quando deixar de bloquear o acesso a estes conteúdos ilícitos. Sendo assim Gustavo Testa Corrêa salienta sobre a responsabilidade de usuários dos provedores:

> Os provedores devem esclarecer e fixar, por via contratual, a responsabilidade de seus usuários acerca de condutas delituosas que venham a ferir o ordenamento jurídico brasileiro, tornando claro o seu posicionamento perante tais ações.[74]

O provedor de hospedagem é como um alojador de sites, oferecendo o serviço *hosting* (hospedagem)

Importante destacar que mesmo o provedor de hospedagem que tenha conhecimento efetivo da infração, ou de fatos ou circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal, não será responsabilizado

[72] GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito.** São Paulo: Dialética, 2000, p 114.

[73] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70053410833. Agravante: Google Brasil Internet Ltda Agravado: Débora Cristina Deotti Relator: Túlio de Oliveira Martins Decisão: 28/02/2013 DJe 08/03/2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br . Acessado em: 31 maio 2013.

[74] CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet.** São Paulo:Saraiva, 2000, p. 101.

se remover tal informação ou se impedir o acesso a ela a partir do momento em que tenha conhecimento de sua existência.[75]

No entanto, não cabe ao provedor julgar a seu modo os conteúdos que são expostos na internet. Ora podemos concluir que só será responsabilizado caso já tenha sido invocado para bloquear o acesso ao conteúdo e mesmo assim não o fez. Caso contrário, só responderá por dano causados por atos de usuários ou de terceiro de forma subjetiva, ou seja, a vitima deverá provar, além do dano e do nexo causal, provar a culpa do provedor de hospedagem para que se possa imputa-lo a responsabilidade pelo dano.

Fundamenta-se a responsabilidade do provedor por atos ilícitos praticados por usuários ou terceiros no artigo 186 do Código Civil, por responsabilidade subjetiva. E, quanto à responsabilidade por seus próprios atos, responderá pelo artigo 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, assumindo o risco da atividade, com responsabilidade civil subjetiva.

5 ANÁLISE DO PROJETO LEI 2.126/2011

Ainda hoje, não existe lei que responsabilize os provedores de serviço de internet aos danos causados por atos de seus usuários, nem fiscalizar os atos. Na verdade, a Constituição Federal até proíbe a fiscalização, em virtude do artigo 5º inciso II, quanto ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

No entanto, inexiste outro ordenamento jurídico disciplinando a responsabilidade civil dos provedores de internet, por isso invocamos o Princípio da Legalidade, do artigo 5º, inciso II, que afirma: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei", mesmo que, houve lei disciplinando a responsabilidade do provedor quanto a conteúdos ilícitos, seria impossível que os provedores fiscalizassem todos os tipos de informações contidas no ciberespaço. [76]

> Os operadores jurídicos deverão utilizar o bom senso para dirimir questões jurídicas relacionadas à Internet, procurando sempre relacionar a parte técnica com o ordenamento jurídico em exercício. São as análises simples e lógicas que possibilitarão um

---

[75] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p 32.

[76] CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet.** São Paulo:Saraiva, 2000, p. 100.

> eficaz entendimento das questões cotidianas de nossos tribunais, sendo, principalmente, os bancos acadêmicos os futuros responsáveis pela construção deste, já que é neles que existe uma verdadeira interdisciplinaridade, essencial para a resolução dessas novas questões. [77]

A doutrina brasileira segue o entendimento da legislação internacional quanto à responsabilidade civil dos provedores, isentando a responsabilidade de monitoramento e controle de conteúdo como faz menção o artigo 15 da Diretiva 200/31 da Comunidade europeia, datada em 08/06/200.[78]

No entanto há o Projeto de Lei nº 2.126/2011, aguardando aprovação, mas tem como objetivo “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”[79] e deve trazer inovações ao ciberespaço. É chamada de Marco Civil da Internet, pois é a única lei em que regulamentará pela primeira vez aspectos sobre a internet.

O Projeto foi encaminhado a Câmara em 2011, e foi preparado no Ministério da Justiça com o apoio do Centro de Tecnologia e sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, sendo que o Relator do Projeto é o Deputado Federal Alessandro Molon (PT-RJ).

As fases do projeto Lei nº 2.126/2011 pode ser acompanhada pelo site da Câmara dos Deputados no link http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255, ou também, pelo blog do Marco Civil da Internet acessado em http://culturadigital.br/marcocivil , ambos trazem consigo o projetos, suas peculiaridades e expectativas, assim como as fases que o Projeto lei esta percorrendo. Atualmente segue em regime de urgência, aguardando apreciação do Plenário.

Houve diversas audiências públicas, sendo que a primeira foi realizada em Brasília, no dia 17 de abril de 2012, tratando dos temas: os direitos dos usuários e a responsabilidade civil de terceiros.

Foram feitas 7 audiências públicas e Seminários em 4 regiões do Pais, onde foram ouvidos 62 palestrantes

---

77 CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet.** São Paulo:Saraiva, 2000, p. 107.

78 BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana Canha (coordenadores). **Manual de Direito Eletrônico e Internet.** São Paulo:Lex Editora, 2006 ,p.652.

79 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 2.126/2011. **Dispõe sobre o acesso a informações da Internet, e dá outras providências.** Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=PL+2126/2011>. Acessado em 24 de maio de 2013.

O Projeto Lei ainda está pra ser apreciada pelo Plenário e tramita em conjunto com o Projeto Lei nº 5.403/2001 e pode ser acompanhado pelo site da Câmara.

Os principais pontos do Marco Civil é a liberdade de expressão, a neutralidade da rede, a proteção da privacidade do usuário, a guarda de registro, a Responsabilidade Civil de terceiros e a atuação do poder público. Pretendendo estabelecer regras gerais da internet do Brasil como se fosse uma Constituição da Internet.[80]

Vem acompanhada de cinco capítulos, passando primeiramente pelas disposições preliminares, onde trata do conceito e do objetivo da Lei. O segundo capítulo trata dos direitos e garantias dos usuários. O terceiro capítulo aborda a previsão de conexão e de aplicações de internet, como a responsabilidade por danos decorrente da internet, dentre outros. O capítulo quatro aborda a atuação do poder público quanto à internet, seu desenvolvimento e incentivos. Por último o capítulo cinco vem garantir o direito fundamental de acesso à internet mesmo q individual ou coletivo.

Os princípios que disciplinam o uso da internet esta exposto no artigo 2º do Projeto Lei nº 2.126/2011, sendo “I - Princípio da garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição; II – proteção da privacidade; III – proteção aos dados pessoais, na forma da lei; IV – preservação e garantia da neutralidade da rede, conforme regulamentação; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; e preservação da natureza participativa da rede.

Os objetivos de disciplinar o uso da internet estão exposto do artigo 4º, na parte de disposições preliminares, salientado que o Marco Civil da Internet visa a todos os cidadãos o acesso a informações, ao conhecimento, a cultura e na condução dos assuntos públicos, promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e promover a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.[81]

---

[80] Comentários do Deputado Federal e Relator do Projeto Lei nº 2.126/2011 Alessandro Molon em Palestra sobre o **Marco Civil da Internet: princípios, direitos e deveres.** Disponível em http://www.youtube.com/watch?v=uECDiLA4rxU . Acessado em 27 maio 2013.

[81] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 2.126/2011. **Dispõe sobre o acesso a informações da Internet, e dá outras providências.** Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=PL+2126/2011. Acessado em 24 de maio de 2013.

O Marco Civil da Internet, também conceitua alguns elementos essenciais no ciberespaço, são eles: a internet; terminal; administrador de sistema autônomo; endereço de IP; conexão a internet; registro de conexão; aplicações de internet; e registros de acesso a aplicações de internet.

Referente à guarda de Registro a lei salienta a preservação da intimidade, onde deve ser sempre observado a vida privada honra e imagem das pessoas envolvidas, no entanto, como apenas guarda os registros, será obrigado a disponibilizar informações que identifiquem usuários, apenas sob ordem judicial, caso contrario, será violada e ferida a privacidade do usuário.

Quanto à responsabilidade dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, refere-se o artigo 14, 15 e 16:

> Art. 14. O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.
>
> Art. 15. Salvo disposição legal em contrário, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.
>
> Parágrafo único. A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.
>
> Art. 16. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 15, caberá ao provedor de aplicações de Internet informar-lhe sobre o cumprimento da ordem judicial.[82]

De acordo com estes dispositivos, a Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet será subjetiva, ou seja, só será responsabilizado o provedor se provar a culpa do mesmo quanto aos danos causados por usuários ou terceiros, ou, em casos de ordem judicial mandar e o provedor não tornar indisponível o conteúdo.

Contudo, o Marco não trata de crimes cibercrimes, por isso a nomenclatura “Marco Civil”, não trata de direitos autorias, sendo mantida as regras da lei de Direitos Autorais, nem trata de dados pessoais.

Com ele, a expectativa é a regulamentação da matéria em estudo, facilitando e dando segurança tanto aos provedores de serviço de internet e aos seus usuários, quanto aos

---

[82] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 2.126/2011. **Dispõe sobre o acesso a informações da Internet, e dá outras providências.** Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=PL+2126/2011>. Acessado em 24 de maio de 2013.

juízes na hora de aplicar as regras de responsabilidade civil.

O Projeto Lei nº 2.126/2011, a fim de ser uma espécie de Constituição da Internet, como já mencionado, regulamenta regras gerais de internet, acarretaram algumas alterações no entendimento a questões da responsabilidade civil dos provedores de internet.

Assim podemos destacar os casos de conteúdos enviados por terceiros que hoje são de responsabilidade do provedor de conteúdo, porém se não retirar o material disponível em tempo breve, quando solicitado pela parte interessada, responderá pelos danos causados. No entanto, o projeto lei quando trata do assunto, estabelece que o provedor de conteúdo, só será responsabilizado caso não retire o material disponível após uma ordem judicial pedindo que o faça. Mas, não impede que o provedor remova o conteúdo caso o identifique ofensivo, nesse caso poderá remover ainda que sem ordem judicial.

Conclui-se aqui, que o Marco Civil da Internet apenas dará início a grandes manifestações para novas regulamentações serem feitas em matéria de internet, entendendo que, não poderia trazer em apenas uma lei, todas as matérias pertinentes a ela, cabendo ao legislativo, a partir desse Marco, dar iniciativa a outras regulamentações pertinentes à matéria.

6 CONCLUSÃO

A internet trouxe mais agilidade no nosso dia-a-dia e com ela nasceram novos problemas jurídicos para ser resolvido pelo Direito. Por isso, o trabalho teve por objetivo expor um ponto ainda em debate, os casos de Responsabilidade dos Provedores de Serviço de Internet. Assim, nota-se a ausência da norma para tratar especificamente deste assunto, onde hoje, a solução ainda é buscar auxílio de outras leis, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, com a análise de doutrinas e da jurisprudência, notou-se a importância que nos trará a aprovação do Projeto Lei nº 2.126/2011, a fim de, estabelecer parâmetros claros e fixos, quanto a Responsabilidade de cada espécie de Provedor de Serviço de Internet, nos trazendo maior segurança jurídica à problemática da omissão da legislação sobre o tema.

Mas, enquanto ainda o Projeto é analisado, dar-se-a foco ao que doutrinadores

vêm disciplinando, como é o exemplo do Marcel Leonardi, que utilizado como base teórica deste trabalho, nos esclarece a Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet por ato próprio ou por ato ilícito dos usuários ou de terceiros. No decorrer do estudo, verifica-se que quase todos os doutrinadores que tratam de direito e internet, falam da Responsabilidade Civil dos Provedores, no entanto, não trazem maior abordagem como Marcel Leonardi.

Com as analises de jurisprudência, verifica-se a incidência mais constante no judiciário de responsabilização aos Provedores de Conteúdo, nos casos de informações ilícitas. Normalmente são casos em que o usuário informa o provedor do material ilícito e muitos provedores acabam sendo omissos, nesses caso, sendo comprovada a culpa dessa omissão, respondem subjetivamente pelos danos causados a seus usuários ou a terceiros.

Não percebe-se nessa análise a incidência de muitos julgados pela má prestação do serviços, partindo do ponto que, normalmente são resolvidos por acordos extrajudiciais de reparação de danos, ou abatimentos dos valores quando o provedor não estava funcionando.

Embora se consiga verificar como vem sendo julgado os casos pelo judiciário, ainda temos a problemática da omissão da legislação quanto ao tema específico, e, por ser um tema “novo”, a dificuldade do estudo é maior, sendo de grande escassez o estudo da doutrina sobre o tema.

Por isso, conclui-se a necessidade do legislativo em criar novos instrumentos jurídicos que garantam a proteção do patrimônio, da honra, da intimidade, da privacidade e do direito à informação.

Esse tema merece mais tempo e reflexão para abordar futuras propostas nas Responsabilidades dos Provedores, assim como, todos os temas de internet ainda muito poucos debatidos, abrindo leques de estudo e aprimoramento da matéria.

A maior dificuldade do presente estudo foi à escassez de doutrina, embora já seja possível localizar vários casos enfrentados pela jurisprudência acerca da responsabilidade civil do provedor de Internet, necessitamos de embasamento teórico para conclusão do tema.

Assim, não se tem dúvida que a internet nos trouxe inúmeros benefícios, nos coligando ao mundo inteiro, no entanto, dando início a novos conflitos sociais. Há uma omissão legislativa quanto a esses conflitos, trazendo necessidade da aprovação de um Projeto de Lei como o Marco Civil, que traria o início da nova era da Grande rede, abrindo assim, caminho para novas legislações sobre o tema e outros tão polêmicos como ele.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos. **Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17>. Acesso em 15 abril 2013.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do Consumidor na Internet**. São Paulo: Quarter Lattin, 2002.

BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana Canha (coordenadores). **Manual de Direito Eletrônico e Internet.** São Paulo:Lex Editora, 2006 ,p.652.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado.

________. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 2002.

________. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set 1990.

________. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. **Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação**. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 fev 1967.

________. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 2.126/2011. **Dispõe sobre o acesso a informações da Internet, e dá outras providências.** Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=PL+2126/2011. Acessado em 24 de maio de 2013.

________. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Ação indenizatória nº 137.944 - RS (2012/0003695-0). Agravante : Google Brasil Internet Ltda. Agravado : Irismar Lira. Relator : Ministro Antonio Carlos Ferreira Decisão: 21/03/2013 DJe 08/04/2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br . Acessado em 30 maio 2013.

________. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ação indenizatória.nº 1.300.161 - RS (2011/0190256-3). RSTJ vol. 227 p. 504.Recorrente : José Leonardo Bopp Meisterre. Recorrido : Microsoft Informática Ltda. Relatora : Ministra Nancy Andrighi. Decisão: 19/06/2012 DJe 26/06/2012 Disponível em: http://www.stj.jus.br . Acessado em 30 maio 2013.

________. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70053410833. Agravante: Google Brasil Internet Ltda Agravado: Debora Cristina Deotti Relator: Túlio de Oliveira Martins Decisão: 28/02/2013 DJe 08/03/2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br . acessado em: 31 maio 2013.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos processuais**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. Ver. amp. São Paulo: Atlas, 2010.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet.** São Paulo:Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito.** São Paulo: Dialética, 2000..

GUIA DO USUÁRIO INTERNET.Brasil. versão 2.0, abril de 1996, documento n. RNP/RPU/0013D, p. 7/8. Disponivel em <http://www.rnp.br/_arquivo/documentos/rpu0013d.pdf>. Acesso em 23 de abril de 2013.

Isabel Costa Cabral Dall'Agnol**. Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet**

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumido: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. ver., atual. e ampl. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MENEZES. Rafael José de. **Responsabilidade civil na internet e cybercrimes**. Disponível em http://rafaeldemenezes.adv.br/artigo/Responsabilidade-Civil-na-internet-e-Cybercrimes/31 . Acesso em 16 de maio de 2013.

NERY, Nelson Junior. **Código Civil Comentado**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade** Civil. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2003.

PEREIRA, Ricardo Alcântara. **Ligeiras Considerações sobre a Responsabilidade Civil na**

Internet. In BLUM, Renato M. S. Opice (coord.), **Direito Eletrônico – A Internet e os Tribunais**, 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2001.

Rede Nacional de Pesquisa. **Guia do usuário Internet/Brasil**, versão 2.0, abril de 1996, documento n. RNP/RPU/0013D, p. 7/8. Disponível em http://www.rnp.br/_arquivo/documentos/rpu0013d.pdf . Acessado em 23 de abril de 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** v.4. Responsabilidade Civil. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral na Internet.** São Paulo: Método, 2001.

STOCO,Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

TOMIZAWA, Guilherme. **A invasão de privacidade através da internet: a dignidade humana como direito fundamenta**l. Curitiba: JM livraria Jurídica, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. **Responsabilidade Civil**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Felipe Lourenço Moura. Teleatendimento no Brasil e a Necessidade e Redirecionamento Normativo. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

TELEATENDIMENTO NO BRASIL E A NECESSIDADE DE REDIRECIONAMENTO NORMATIVO

Felipe Lourenço Moura Lima[1]

RESUMO

Este estudo objetiva demonstrar como utilização do Direito pode melhorar os padrões de qualidade da prestação dos serviços de teleatendimento. O cumprimento de cláusulas gerais presentes no ordenamento jurídico pátrio aliado a adoção de novas medidas de gestão e direcionamento de investimentos, podem determinar a redução da litigiosidade e garantir melhor aceitação mercadológica e social da empresa. Para esta temática a metodologia utilizada foi a teórico-descritiva mediante análise da literatura correlata, bem como da averiguação de diplomas normativos e projetos de lei no âmbito de todas as Unidades da Federação, incluindo suas capitais, e da União até o mês de janeiro de 2013, ficando o restante deste ano dedicado à organização dos dados obtidos, bem como à redação do texto em que se concluiu que a instalação de novas diretrizes de crescimento, por parte das empresas de teleatendimento, relacionadas à prevenção de conflitos em acordo com as cláusulas gerais existentes no ordenamento jurídico podem evitar prejuízos ao Estado e à sociedade, além de garantir a paz e a prestação de serviços de excelência.

Palavras-chave

Teleatendimento; Litigiosidade; Redirecionamento normativo.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate how the use of Law can improve the quality standards of the teleservices. Compliance with general clauses present in the Brazilian legal system coupled with the adoption of new criterions of management and the introduction to other directions of investments, may determine the reduction of litigation and ensure better social and market acceptance for the providing services enterprises. For this theme it was used the theoretical and descriptive methodology through the analysis of correlate literature as well as the inquiry of regulatory texts and proposed legislation within all the Federative Unities, including its capitals, and the Union, until January of 2013, with the remainder of this year dedicated to the organization of the collected data and the writing of the text, where it was concluded that the installation of new guidelines for growth, by the teleservices companies, related to conflict prevention in accordance with the general provisions in the legal system may prevent damage to the State and society, also ensuring peace and service delivery excellence.

Keywords

Teleservices; Litigation; Normative redirection.

---

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: felipe_lml@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A massificação do ramo de serviços na sociedade atual fez com que o teleatendimento se tornasse uma prática comum e um meio de auferir muito lucro, por parte de empresas que se utilizam dele. Hoje, fecham-se contratos e resolvem-se problemas pelo telefone, algo inimaginável até o fim do século passado, este que se caracterizou pela vitória do capitalismo como modo de produção, no qual o lucro é elevado a um patamar onde poderá não haver respaldo para direitos e garantias fundamentais essenciais à sociedade. Ao associar este método de produção aos avanços tecnológicos, as consequências para o Estado e sociedade podem ser nefastas e um dos melhores exemplos para expor estas máculas é o serviço de teleatendimento.

As empresas que dispõem deste serviço adotam políticas que infringem cláusulas gerais do ordenamento jurídico, o que compromete não só as pessoas envolvidas na relação consumidor/fornecedor, mas também a própria eficácia do ordenamento jurídico, pois a delimitação minuciosa de situações hipotéticas por diferentes tipos de "legisladores", bem como a necessidade de se adequar a diplomas diversos dificulta a própria atuação empresarial por ter que adotar políticas diferentes para cada local onde preste seu serviço.

Contudo, percebe-se que esta iniciativa foi um verdadeiro impulso para que outras Unidades da Federação iniciassem um enorme fenômeno legiferante relacionado ao teleatendimento, o qual estimula a conduta moral do "dever ser" pela aplicação de sanções legais e normas demasiadamente detalhadas, enfraquecendo a crença que a simples atenção à responsabilidade ético-social nas prestações de serviço de teleatendimento, possam reduzir substancialmente os conflitos diários. Com a inflação das normas, a conduta moral sucumbe ante as importâncias econômicas, isto é, qualquer eventual conflito gerado por este meio é considerado apenas como um custo a mais a ser encaixado no orçamento anual das empresas, e não como algo que, se reiteradamente praticado, pode comprometer toda uma cadeia de políticas públicas.

As empresas então criam um círculo vicioso, veja-se: ao adotar políticas inadequadas aos postulados gerais do ordenamento jurídico acabam por gerar conflitos com a sociedade em geral, o que compromete a atuação estatal seja no Poder Judiciário, pelo acúmulo de processos e no Legislativo e Executivo pela numerosa edição de normas e imposição da ado-

ção de padrões por sanções e determinações legais e administrativas. Daí fica o seguinte questionamento: como as empresas podem garantir um bom relacionamento com os consumidores sem violar direitos e, ao mesmo tempo, não criar prejuízos à sua atividade?

2 OS CONFLITOS NO TELEATENDIMENTO E SUAS IMPLICAÇÕES NEFASTAS

A razão para haver a grande quantidade de litígios reside na má prestação do serviço pelas entidades. Segundo o sociólogo Daniel Annenberg[2], as maiores reclamações sobre o teleatendimento são as trocas de setor durante o atendimento, as quedas das chamadas e a não capacitação dos profissionais da área, o que evidencia o pouco interesse no atendimento ao público. Isto ocorre, mormente, porque os operadores não são qualificados.

A má prestação do serviço é consequência de práticas pouco conhecidas pela sociedade em geral, conforme o estudo feito por Marinho Silva (2004, p. 33 a 55), o que existe é um verdadeiro abuso de direito dos profissionais da área, que não recebem a capacitação ideal, são em sua grande maioria jovens no primeiro emprego e ficam submetidos a trabalhos mediante metas rigorosas, num ambiente, em muitas das vezes, insalubre e com uma jornada de trabalho abusiva, na qual existe até mesmo limitações às idas ao banheiro. O referido auto (2004, p. 18) ainda observa que essas condições de trabalho e as instituições que dispõem do serviço, costumeiramente, contratam empresas terceirizadas para realizá-lo, em vista da redução de custos que esta forma atípica de trabalho proporciona, pois é logisticamente mais fácil e, por sua vez, mais barato, pagar diretamente a uma empresa para disponibilizar essa mão de obra do que contratar o próprio pessoal, donde poderiam surgir muito mais imbróglios de ordem trabalhista do que por meio da terceirização.

O resultado disso se reflete na relação com o consumidor que acaba se tornando refém dos *call centers* terceirizados, que não possuem o conhecimento técnico necessário da empresa que os contrata para fornecer uma solução satisfatória ao consumidor. Assim é possível notar que há um privilégio ao pagamento de indenizações, as quais, figuram nos planejamentos orçamentários anuais, em detrimento da promoção da capacitação de pessoal, que,

[2] Disponível em: <http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4201054-EI14214,00-Teleatendimento+Como+conseguem+nos+enlouquecer+diariamente.html>, Acesso em 16 de agosto de 2012.

usualmente, não detém a técnica necessária para atender a demanda do consumidor. A partir desta desorganização e má prestação do serviço, como consectário lógico, passa-se a ter um inchaço de ações em duas searas distintas – quais sejam: cível, com as demandas relativas ao mau atendimento; e trabalhista, com as ações que discutem as condições de trabalho dos operadores de teleatendimento – com um mesmo réu: a empresa que disponibiliza o serviço. Assim, buscando a pacificação social neste sentido, os demais Poderes passam a criar normas de maneira excessiva, trazendo complicações à atividade empresarial, bem como prejuízos ao próprio Estado que é acionado, de maneira não uniforme, para criar normas sobre este assunto e passa não se preocupar com questões mais urgentes.

Sendo assim, conforme Marinho Silva (2004, p. 19), a realidade se enquadra no contexto de um foco normativo mais voltado para o consumo do que para os trabalhadores desse ramo. Portanto, é pertinente a análise das normas e proposições normativas vigentes com o objetivo de se buscar conclusões metodológicas eficazes que visem à defesa dos direitos daqueles que sofrem diariamente com a má prestação do serviço dado pelas entidades que disponibilizam do serviço de teleatendimento.

2.1 Consequências nos poderes legislativo e executivo: a preocupação normativa nas unidades da federação até janeiro de 2013.

Apesar de a tendência brasileira se voltar para as relações civis em detrimento das trabalhistas quando o assunto é teleatendimento, nota-se que o sistema normativo ainda está eivado de falhas, o que já deu causa a várias tentativas legiferantes em tentar aprimorar o corpo normativo vigente. Primeiramente, surgiu a iniciativa do Programa Brasileiro de Auto-Regulamentação (Call Center/Contact Center/Help Desk/SAC/Telemarketing), que através de um Código de Ética e da Norma de Maturidade de Gestão, firmados entre as três principais entidades representantes do mercado de relacionamento no país – Associação Brasileira de Marketing Direto (ABEMD), Associação Brasileira das Relações Empresa Cliente (ABRAREC) e Associação Brasileira de Telesserviços (ABT), que reúnem pessoas físicas e jurídicas atuantes na atividade do teleatendimento – identificaram a necessidade de definir parâmetros de autorregulamentação no segmento, a fim de consolidar e aprimorar o atendimento aos Con-

sumidores e aos Clientes Contratantes. Em uma situação ideal, seria louvável que este fosse o único instrumento normativo a tratar sobre o tema, o qual, aliado às cláusulas gerais do ordenamento forneceriam diretivas suficientes para a atividade. Mas, a única função destes regulamentos foi a de servir como norte para os legisladores.

O município de Porto Alegre foi pioneiro ao tentar regular o *telemarketing* no Brasil por meio da Lei nº 9.053/02, este instrumento normativo tinha como base o sistema já aplicado nos Estados Unidos, que começou a valer pouco antes da promulgação do regramento gaúcho, chamado *Do Not Call Registry* (DNC)[3], um sistema de cadastro mantido pela *Federal Trade Commission* (FTC)[4], foi criado para oferecer aos consumidores a possibilidade não receberem ligações de *telemarketing*. No entanto, o Ministério Público daquele estado ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a lei, sob o argumento de que, conforme a Constituição Federal, seria competência da União legislar sobre as telecomunicações e direito civil[5]. Não obstante o fracasso desta iniciativa, a verdade é que ela foi um verdadeiro impulso para que as outras unidades da federação iniciassem um fenômeno legiferante relacionado ao teleatendimento em todas as Unidades da Federação – o que será demonstrado a seguir, dividindo-se aquelas por cada região do país.

2.1.1 Região Norte

As Unidades Federativas da Região Norte do país, são as que menos buscaram legislar sobre o teleatendimento, consequência da baixa densidade demográfica do Norte do

3 Neste sistema, tanto os operadores, quanto as empresas são obrigados a, pelo menos uma vez a cada 31 dias, puxar do sítio: < www.telemarketing.donotcall.gov>, que é totalmente automatizado, a lista nacional atualizada de números de telefone de pessoas que não querem receber as ligações, os quais ficam organizados e dispostos por código de área, devendo cada empresa que tem acesso aos dados do registro, pagar uma taxa anual com base nos códigos de área que a empresa acessa. O consumidor que recebe uma ligação de *telemarketing*, estando cadastrado, pode registrar uma reclamação junto a FTC, seja via internet ou ligando para um número gratuito. Os infratores podem ser multados em até 16.000 dólares por incidente.

4 A *Federal Trade Commission* (FTC) é uma agência independente do governo dos Estados Unidos, criada em 1914 pelo *Federal Trade Commission Act*, cuja missão é de informar e melhorar a escolha do consumidor, bem como estimular a compreensão pública do processo competitivo, adotando métodos que visam coibir práticas monopolizadoras e enganosas ou injustas com os consumidores, para não prejudicar a atividade comercial legítima.

5 Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/37532/por+maioria+de+votos+tjrs+julga+inconstitucional+lei+do+telemarketing.shtml>. Acesso em 13 de agosto de 2012.

país, o que acaba por reduzir substancialmente a demanda pelo setor de serviços, ocasionando, por conseguinte, uma redução drástica no setor de teleatendimento.

Nos estados do Acre, Amapá, Roraima e Rondônia não foram encontrados registros de tentativa de ação legislativa relacionado ao teleatendimento, e nem em seus municípios.

Ao revés, no Amazonas, Pará e Tocantins, existem tentativas legiferantes relacionadas ao uso correto do *telemarketing*, tendo o primeiro estado, inclusive, já transformado em lei a proposta da criação do bloqueio do recebimento de ligações de *telemarketing*, através de um cadastro, organizado pelo Procon (Lei 3.633/11). Pará e Tocantins apenas esboçaram a criação de norma legal através dos Projetos de Lei 70/09 e 74/09, respectivamente. Já no estado do Amazonas, também está em vigor a Lei Ordinária 3.472/12 que torna obrigatório o envio de cópia do Contrato de Adesão aos consumidores, por carta registrada na modalidade de aviso de recebimento – AR, bem como, no estado do Pará, também houve a tentativa de se criar uma lei de caráter genérico por meio do Projeto de Lei 71/2009 com o objetivo de disciplinar as práticas de *telemarketing* e coibir abusos e fraudes nesses serviços, obedecendo às normas estabelecidas para o atendimento ao cliente.

2.1.2 Região Nordeste

Apenas dois estados desta região não possuem registro de iniciativa legislativa no tocante ao teleatendimento: Bahia e Sergipe. Aqui, é de se espantar que no estado da Bahia, um dos mais industrializados da região e bastante populoso não tenha regulamentado ainda a atividade em comento, quer no âmbito estadual, quer no âmbito de seus municípios.

Em comum nos demais estados, estão a presença de leis que instituem o cadastro para o bloqueio de recebimento de ligações - “Não Perturbe”, em geral organizado pelos Procons, sejam eles estaduais ou municipais, como ocorre no estado do Rio Grande do Norte em que o somente o município de Natal possui lei neste sentido (Lei 6.260/11).

O estado que se diferencia um pouco desta linha geral das leis acima (as quais, possuem praticamente o mesmo texto em todos os estado da federação) é Pernambuco, no qual, por meio da Lei nº 13.796/09, faculta ao usuário do cadastro selecionar as empresas que

estão autorizadas a entrar em contato com ele, por número fixo ou móvel, bloqueando automaticamente todas as demais a fazê-lo.

No mais, é de se destacar que Paraíba e Pernambuco (Leis 8.841/09 e 14.566/11, respectivamente) possuem maior atividade legislativa neste aspecto, porque também possuem leis em vigência que obrigam as empresas que prestam serviço por meio de telefone ao encaminhamento de cópias dos contratos relativos ao que foi pactuado durante o contato telefônico. Frise-se que Pernambuco também vai mais além nesta Lei, estendendo a obrigação de envio do contrato celebrado verbalmente, por meio da internet.

2.1.3 Região Sudeste

Ao contrário das demais regiões até aqui expostas, a Região Sudeste, possui leis e projetos que regulam o teleatendimento em todos os seus estados e dos mais variados tipos, não se restringido ao que podemos chamar de "clichê legislativo" das leis do "Não Importune" e do envio compulsório de contratos firmados por meio telefônico.

O Projeto de Lei 566/06, da Assembleia Legislativa do São Paulo, tratava dos padrões mínimos de qualidade exigidos aos serviços de *telemarketing*, em especial aos serviços de caráter passivo aqueles em que o consumidor contata para tirar dúvidas. Em 2009, as comissões da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, responsáveis pelo assunto de que tratava a lei emitiram pareceres favoráveis à sua aprovação, porém, a iniciativa legislativa foi vetada pelo Poder Executivo em razão de óbices pontuais apontados pelo Procon daquele estado, estes, tanto de ordem interpretativa; quanto às incertezas que poderiam surgir quanto ao alcance da norma, como o fato do projeto não definir claramente a que tipo de serviço se destinava a lei em potencial, pois o art. 1º ao indicar a palavra *telemarketing*[6] poria em dúvida a sua abrangência, consequentemente dificultando sua fiscalização em razão da existência das

[6] Belmonte (2009, p. 59) define *telemarketing* com base no que diz a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) nº 3-80.25, veja-se: "*Telemarketing*, por sua vez, diz respeito ao gerenciamento, por telefone, do relacionamento direto com os clientes de determinada empresa, visando à divulgação e oferta de produto ou serviço, e a aferição da qualidade e satisfação.No Brasil, segundo o Código Brasileiro de Ocupações, operador de telemarketing é aquele que atende usuários, oferece serviços e produtos, presta serviços técnicos especializados, realiza pesquisas, faz serviços de cobrança e cadastramento de clientes, sempre via teleatendimento."

outras formas de teleatendimento. Bem, o Decreto nº 6.523/08, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, *caput*, se limita a definir a função do serviço de atendimento ao consumidor (SAC), a qual se destina tão somente à resolução de demandas acerca de informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento de contratos e de serviços que sejam objeto de uma relação consumerista. Sendo assim, por lógica, pode-se extrair do Parágrafo Único de seu art. 2º, uma definição negativa do que seria *telemarketing*, ou seja, dizendo quando o serviço não é considerado um SAC, ao expor a essência do que é este método publicitário. Veja-se.

> Art. 2º (...) Parágrafo Único. Excluem-se do âmbito deste decreto a oferta e a contratação de produtos e serviços realizadas por telefone.

Em arremate, além da problemática sobredita, o Projeto de Lei 566/06 não estipulou as penalidades cabíveis em caso de infração também contribuiu para o veto.

Já em outro Projeto de Lei da Assembleia Legislativa de São Paulo, de nº 146/10, os SACs passam a ter a obrigação de fornecer um endereço para o qual o consumidor poderá enviar por carta registrada seu pedido de informação, de reclamação ou de cancelamento de pedidos, contratos e serviços e, após ter recebido o aval das comissões competentes daquela Casa, ainda aguarda o crivo do Poder Executivo. Ao contrário do projeto anterior, este define bem, no art. 1º, §1º a que tipo de serviço se destina, qual seja o serviço de atendimento ao consumidor, nos termos do Decreto 6.523/08, bem como exclui algumas formalidades presentes na iniciativa mencionada no parágrafo anterior - como as presentes no art. 3º do Projeto de Lei 566/06, que determinariam aos atendentes informarem seus nomes, sobrenomes e suas respectivas matrículas; e no art. 4º do mesmo projeto, que determinava que o teleatendente, caso não pudesse dar uma resposta imediata, teria de anotar o telefone da parte que solicitou o serviço para dar-lhe a resposta num prazo de 30 (trinta) minutos – as quais também motivaram o veto, pois a primeira não traria nenhuma garantia efetiva ao consumidor e a segunda flexibilizaria o Decreto 6.235/08, norma hierarquicamente superior.

Ademais, o que há de comum entre os dois projetos paulistas é que ambos incentivam que o fornecedor do serviço, mediante o teleatendimento, a disponibilizar endereço para o qual o consumidor poderá enviar carta solicitando informações, reclamações e cancelamento de serviços e aduz ainda que o Aviso de Recebimento (AR) da carta, devidamente assinado

é válido para qualquer reclamação posterior, ou seja, é meio de prova. Ocorre que, segundo o veto do Projeto de Lei 566/06, o art. 5º deste que trata da questão do AR somente daria eficácia de prova a este instrumento, excluindo os demais, como, por exemplo, o protocolo da ligação.

Ora, a infelicidade do veto neste ponto, traduz-se no impedimento que foi feito ao consumidor a uma forma de materialização da prova da má prestação do serviço. Em ambos os projetos, está descrito: "O aviso de recebimento da correspondência- AR, devidamente assinado, é documento válido para qualquer reclamação posterior." (art. 5º, parágrafo único do PL 566/06 e art. 1º, § 2º do PL 146/10), ou seja, não há menção de que este seria o único método eficaz para provar que existiu, de fato, um atendimento, pelo contrário, aqui a norma visa apenas considerar o AR eficaz, até por ser uma prova corpórea da ocorrência de um fato, o que facilitaria o trabalho do juiz para fins de saneamento dos feitos, se por ventura do atendimento surgisse o interesse de agir da parte lesada. O projeto por ter um viés de direito privado segue o princípio da legalidade de maneira privatista, isto é, o que não for defeso em lei é aceito pelo ordenamento jurídico, ou seja, não sendo outros tipos de provas ilícitas ou ilegítimas terão a mesma eficácia conferida ao AR, sem prejuízo do que preceitua o art. 212, inciso III do Código Civil[7], além do mais, o projeto era de caráter consumerista, o que impõe a interpretação favorável ao hipossuficiente.

Noutro pórtico, a Lei nº 12.239/06, também do estado de São Paulo, dispõe sobre a instituição de um cadastro com os números das linhas telefônicas dos assinantes do serviço de telefonia interessados no sistema de venda, por via telefônica, ou seja, esta lei trata exclusivamente do *telemarketing*, já que como vimos anteriormente, o Decreto 6.523/08, aduz claramente em seu art. 1º que o SAC, não abrange as televendas. Ao contrário dos demais, este abrange as penalidades da parte que dispõe do serviço de forma severa e bem definida, contudo este projeto foi impugnado pelo então governador José Serra, junto ao STF, por meio da ADI 3.959.

No tocante as "leis clichê" do teleatendimento, no estado de São Paulo vigem as

[7] ~~Art. 212. Salvo o negócio a~~ que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;
II - documento;
III - testemunha;
IV - presunção;
V - perícia.

leis 14.516/11 e 13.226/08 que, respectivamente, torna obrigatório o encaminhamento, por escrito, dos contratos firmados por meio de *call center* e formas similares aos contratantes, bem e institui no âmbito o Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de *Telemarketing*.

No estado do Rio de Janeiro existe a Lei 5.925/11, em que se estende aos serviços públicos o disposto no decreto 6.523/08, fazendo com que regras garantidas por ele, como a

gratuidade do serviço, a possibilidade de cancelamento do serviço em seu *menu* de atendimento e a oportunidade de contatar atendimento pessoal em todos os menus sejam regras também obedecidas pela administração pública, sem prejuízo dos órgãos fiscalizadores, como aduz o art. 2º do referido diploma. *Verbis*.

> Art. 2º Os órgãos responsáveis pela fiscalização da aplicação da presente norma a exemplo do Procon, agências reguladoras e outros órgãos de promoção e defesa do consumidor vinculados a administração pública estadual também a ela se sujeitam.

Aqui, percebe-se a abrangência que possui o teleatendimento, porque até mesmo o Estado deve se sujeitar a legislação reguladora destes meios para que se possa garantir um atendimento de qualidade e evitar os possíveis conflitos, o que demonstra sua estrutura falha e arcaica, pois até para o ente que possui a função reguladora dos serviços foi necessário a criação de uma Lei coercitiva para que pudesse cumprir sua função própria fato faz saltar os olhos para o às excessivas sistematizações, uma vez que a normatização o setor privado, onde está presente a grande proliferação do método, embora preocupante, chega a ser mais compreensível. Ainda no Rio de Janeiro, a Lei 5.739/10 dispõe sobre a abertura e utilização de cadastro, ficha, registro de dados pessoais e de consumo por concessionárias de serviço público, estabelecimentos comerciais e empresas de *telemarketing*, as quais ficam sujeitas à multa caso desrespeitem o Parágrafo Único do art. 2º do referido diploma normativo.

O estado de Minas Gerais possui uma única lei relativa aos serviços prestados por teleatendimento, a de nº 19.095/10, que disciplina o *marketing* direto ativo e cria lista pública de consumidores para o fim que menciona. Esta lei cria a “Lista Antimarketing”, que é similar aos cadastros criados nos outros estados pelos Procons, só que em Minas, o órgão responsável pela manutenção desse sistema é a OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. O instrumento possui normas específicas bem definidas, caso da definição de horários

para as ligações, da necessidade do consumidor residir no estado e da inclusão na lista estar condicionada ao pagamento de uma taxa, que também é cobrada junto aos fornecedores que quiserem consultar a lista, sendo-lhes vedado apresentar ofertas por *marketing* direto ativo ao consumidor cadastrado na lista. Este instrumento visa praticamente banir o uso de *telemarketing* no estado, pois ao fornecedor do serviço é necessária muita cautela para proceder com as ações de *marketing* direto, uma vez que está rodeado de custos que cercam a atividade. Neste caso particular, é necessário fazer uma ressalva, se por um lado protege o consumidor, por outro restringe a livre iniciativa empresarial, pois o fornecedor fica submetido ao acaso, tendo que pagar por uma consulta a uma lista de consumidores para poder realizar sua atividade e se a fizer sem consultá-la pode correr o risco de ser multado por aquele cliente em potencial ter seu nome na lista.

No estado do Espírito Santo também existe o que vem se chamando de “clichê legislativo do teleatendimento”, ou seja, uma lei vigente que institui o cadastro “Não Importune”, mantido pelo Procon (Lei n. 9.176/09), além de dois projetos de lei em tramitação relativos a obrigatoriedade das empresas que firmam contrato a distância em enviar cópias dos contratos mediante AR, os quais são o Projetos de Lei 304/11 e 205/12, que são praticamente iguais, sendo o mais recente uma proposição menos detalhada, já que, por exemplo, limita-se a determinar que os contratos firmados por meio telefônico sejam encaminhados por escrito ao consumidor, ao contrário do primeiro que acrescenta que o contrato seja enviado através de correio eletrônico institucional cadastrado em nome da empresa cadastrada. Frise-se, também, que o Projeto de Lei de 2012 também determina um valor maior para o pagamento da multa em razão do descumprimento, sendo este de R$ 3.000,00 em detrimento dos 1.000 (mil) Valores de Referência do Tesouro Estadual – VRTEs, aplicados em dobro no caso de reincidência, estabelecido pelo projeto mais antigo.

2.1.4 Região Sul

A Região Sul caracteriza-se por ter sido pioneira na tentativa de regulamentar atividade relativa ao teleatendimento, como já mencionado alhures, a Câmara Municipal de Porto Alegre no ano de 2002, teve a intenção de implementar, no âmbito deste município, sistema

baseado no "*Do not call registry*", o diploma normativo considerado inconstitucional, à época.

O que se viu nos anos seguintes foram proposições em massa, por parte de vários estados e cidades brasileiras, relativas ao tema. Não indo na contramão desta tendência, a Assembleia Legislativa gaúcha tratou de apresentar o Projeto de Lei 44/09, que, supervenientemente, viria a se tornar a Lei 13.249/09 que versa sobre a mesma matéria do diploma municipal porto-alegrense revogado em 2002, doravante em âmbito estadual.

Contudo, não obstante a preocupação pioneira regulamentar a atividade em comento, o Rio Grande do Sul, não se encaixa no já exaustivamente mencionado "clichê legislativo do teleatendimento", pois não existe a lei que determina o envio dos contratos celebrados à distância.

Ao contrário da sistemática legislativa do Rio Grande do Sul, os estados do Paraná e Santa Catarina, seguem a tendência da maioria dos estados brasileiros, pois possuem tanto as leis do sistema "Não perturbe" (Lei nº 16.135/10 e Lei nº 15.329/09, respectivamente) e as que determinam o envio do contrato físico ao usuário do serviço (Lei nº 16.685/10 e Lei nº 14.888, de 22 de outubro de 2009, respectivamente).

2.1.5 Região Centro-Oeste

Na região Centro-Oeste, o estado do Mato Grosso, é mais um sem registro algum de regulamentação ou proposta legislativa com este intuito.

A *contrario sensu*, no estado do Mato Grosso do Sul, existe, pelo menos, a Lei 4.167/12, que torna obrigatório o encaminhamento aos contratantes, por escrito, de contratos firmados por meio de *call center* e outros meios não presenciais.

O estado de Goiás é o que possui ativismo legislativo mais forte quanto ao teleatendimento na Região Centro-Oeste, enquadrando-se no grupo dos estados do "clichê legislativo do teleatendimento", já que ali vige a Lei 17.424/12, que institui o Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de *telemarketing*, bem como existe o Projeto de Lei 119/12, em tramitação que visa tornar obrigatório o encaminhamento, por escrito, dos contra-

tos firmados por meio eletrônico ou *call center* e formas similares aos contratantes.

No Distrito Federal, também vigora a Lei 4.186/08 que torna obrigatório o encaminhamento, por escrito, dos contratos firmados por meio de *call center* e formas similares aos contratantes. Por outro lado, a outra lei que tratava do teleatendimento, qual seja a de nº 4.171/08, que tratava também da criação de um cadastro para o não recebimento de ligações, foi revogada, em razão dos argumentos de empresas do setor que ameaçaram não se instalar em Brasília.

2.1.6 Esfera Normativa Da União

Já na esfera normativa da União existe o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 342/07, que busca estabelecer que quaisquer empresas, públicas ou privadas, com mais de 300 funcionários, devem criar um setor de ouvidoria. O projeto determina as funções da atividade e os direitos e deveres do ouvidor eleito pelos funcionários da empresa, o qual foi aprovado pela Relatoria da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados para apreciação e será remetido ao Senado Federal[8]. Iniciativa inexistente no âmbito dos estados e munícipios, no que toca a legislar sobre as relações de ouvidoria feitas pelo teleatendimento.

Nota-se, com este Projeto de Lei, que existe uma tendência em expandir as normas reguladoras do teleatendimento ao poder público, a qual é confirmada também com a edição e proposição de outros diplomas, a exemplo da Portaria 49/09 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça que, considerando que a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) se estende a prestação de serviços públicos, acrescenta ao rol exemplificativo do art. 39 do CDC no serviço de atendimento ao consumidor por telefone, no que toca aos serviços regulados pelo Poder Público Federal, a hipótese de, dentre outras práticas, recusar ou dificultar, quando solicitado pelo consumidor ou por órgão competente, a entrega da gravação das chamadas efetuadas para o Serviço de Atendimento ao Consumidor, no prazo de 10 (dez) dias, devendo a entrega ocorrer por meio eletrônico, por correspondência ou

8 Tramitação do processo legislativo disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=344035>. Acesso em 26 de outubro de 2013.

pessoalmente, a critério do solicitante.

No caso da portaria ministerial, embora possua base na legislação consumerista, também é possível perceber que o diploma não se restringe apenas ao consumidor final, merecendo destaque para a expressão "órgão público solicitante", que se faz necessária pelo fato desta norma regulamentar condutas na esfera do Poder Público, cujos atos devem obedecer às máximas dos princípios cravados no art. 37 da Constituição Federal, em especial, para o aludido diploma, o da publicidade, dando a norma um viés de direito administrativo.

Ainda assim, existem projetos relativos ao teleatendimento no âmbito federal que visam otimizar as relações consumeristas. Vê-se que a grande maioria dos projetos é relativa ao *telemarketing*, dentre as práticas impertinentes das empresas deste setor, pode-se citar o péssimo hábito em ligar para os potenciais clientes em horários inoportunos, a insistência no convencimento do consumidor e as formas de veiculação ludibriantes do produto ou serviço a ser fornecido. Observando este fenômeno, o Projeto de Lei 673/11 adota a tendência existente nos demais entes da Federação. Ou seja, este projeto determina a criação de um cadastro para que os consumidores possam registrar seus números de telefone, *e-mails*, ou qualquer identificador que corresponda a um serviço de telecomunicação ou de valor adicionado, isto é, qualquer código de acesso individual, como denomina o projeto, a fim de que não recebam ligações relativas à determinada campanha de *telemarketing*, cuja definição, segundo a proposição, é toda utilização deste método publicitário realizada independentemente de serviço de telecomunicação ou de valor adicionado, o que traz estende o alcance da norma para demais setores comerciais. Inova ainda, a definição do que são as entidades prestadoras de serviço, provedoras de meio e entidades patrocinadoras, instituindo deveres para a última e responsabilizando subsidiariamente as primeiras, na hipótese da entidade patrocinadora cumprir o que determina a lei e ainda assim a pessoa física ou jurídica que presta o serviço der causa ao seu descumprimento ou quando a entidade que provem meios de realizar a campanha ao prestador de serviço incorre em falhas na sua função, dessa forma estendendo os efeitos desta norma a mais entes que se utilizam do meio.

As limitações à utilização da atividade de *telemarketing* estão insculpidas no art. 3º do Projeto de Lei[9], no referido artigo, a principal inovação fica a cargo do dispositivo conti-

[9]Art. 3º É livre a utilização e o exercício da atividade de telemarketing, observadas as seguintes condições:

I – entidades patrocinadoras devem manter serviço de cadastro das pessoas que não desejam ser contatadas, que poderá ser acessado por telefone ou pela internet, a critério da pessoa;

do no inciso I, que, ao contrario do que determinava as leis dos estados e municípios, as quais delegavam a responsabilidade de manter o cadastro à órgão estatal, sendo na grande maioria dos casos os Procons, o Projeto de Lei 673/11 aduz que a manutenção deste cadastro é de responsabilidade das entidades patrocinadoras, cujos objetivos são determinantes para a realização de campanha.

Neste cadastro, deverão constar todos os códigos identificadores do autor, sendo omisso o projeto no sentido de prescrever a exigibilidade de demais documentos como o RG e CPF, como geralmente são realizados os cadastros nas outras esferas da federação. Isto se deve ao fato de que o Projeto permite a comercialização dos dados do consumidor, desde que autorizados expressamente por este. Interpretação extraída do art. 3º, V, citado alhures.

Numa comparação com os sistemas regulados pelas leis estudais e municipais, quando o potencial alvo do *telemarketing* fizer seu cadastro junto a órgãos públicos, as empresas terão a obrigação de consultar o sistema disponibilizado por aquele, a fim de não efetuar ligações para quem tem tiver seu registro na lista. Este sistema, pelo objetivo que tem, pode ser efetivo, porém, é inegável que seja limitado. Uma vez que ao tentar delimitar demasiada-

---

II – qualquer contato que exija resposta ou intervenção imediata do destinatário somente poderá ser efetuado de segunda-feira a sexta-feira, exceto feriados, das oito às vinte horas, a não ser que expressamente autorizado em contrário pela pessoa, inclusive por meio do serviço cadastral a que se refere o inciso I;

III – qualquer pessoa tem o direito de solicitar à entidade patrocinadora para ser excluído de campanhas de telemarketing, indicando, por meio do serviço cadastral a que se refere o inciso I, os meios de comunicação por meio dos quais não deseja o contato;

IV – a entidade que patrocinar, ou aquela que for contratada para prestar serviços de telemarketing, deverá manter, por um período de três meses, os registros das pessoas físicas e jurídicas destinatárias de cada campanha de telemarketing;

V – é vedada a cessão ou comercialização de bancos de dados de pessoas físicas e jurídicas cujos dados tenham sido fornecidos em campanha de telemarketing, sem a expressa autorização das mesmas;

VI – pessoa incapaz ou menor de idade, sem autorização dos pais ou responsáveis legais, não pode ser destinatária de campanha de telemarketing, devendo ser finalizado o contato e excluído o referido registro das bases de dados tão logo seja identificada tal situação.

§ 1º Em todo o contato de telemarketing devem ser informados claramente a entidade patrocinadora e o número telefônico ou sítio na internet por meio dos quais a pessoa poderá exercer o direito que lhe assegura o inciso III do caput.

§ 2º O serviço cadastral a que se refere o inciso I do caput deve ser capaz de armazenar todos os números telefônicos, endereços de correio eletrônico e outros códigos de acesso individuais que a pessoa pretenda informar com a finalidade de vedar o contato.

§ 3º Fica autorizado o contato com pessoa por meio de código de acesso individual que não tenha sido informado.

§ 4º O serviço cadastral a que se refere o inciso I do caput deve permitir que a pessoa guarde consigo, eletronicamente ou em meio físico, arquivo que discrimine todos os dados por ela informados.

§ 5º A manifestação da vontade de ser excluído de campanhas de telemarketing permanecerá válida por três anos, contados da data de registro no serviço cadastral a que se refere o inciso I do caput, devendo a pessoa expressar novamente sua vontade após o término desse período.

mente as normas presentes nestes textos, os incentivos ao bom modo da prestação do serviço pelas empresas mudarão, pois passarão a focar na rígida descrição legal e não na qualidade do serviço. Isto fica mais evidente quando, ao ser imposta ao Poder Público a obrigação de manter um cadastro dos clientes, as prestadoras do serviço são forçadas a depender de um órgão de fora de sua alçada para manter um banco de dados essencial para o cumprimento regular de sua atividade, situação que eventualmente traria dúvidas quanto à responsabilidade surgida de algum ato ilícito.

Assim, sob a ótica da legislação consumerista, a responsabilidade pelo dano, em virtude da objetividade, seria das empresas que viabilizam as campanhas de *telemarketing*. Contudo, não obstante a empresa tenha o dever de buscar os consumidores que estão resguardados pelo cadastro do não recebimento de ligações, seria injusto que em decorrência de uma possível falha do órgão público que as empresas fossem responsabilizadas por eventuais danos causados, devendo o ente federativo correspondente ao órgão responder subsidiariamente.

Logo, o Projeto de Lei 673/11, com o intuito de otimizar o sistema de cadastro determina que as empresas mantenham seus próprios cadastros a fim de se evitar, tamném, litígios incidentais envolvendo o Poder Público, na discussão sobre a responsabilidade dos danos, o que retardaria o transcorrer processual, de modo a prejudicar o direito do consumidor. Além do mais, busca-se evitar a má-fé das empresas que visam o lucro a qualquer custo, por exemplo, na ocasião em que o sistema mantido por órgão público não estiver disponível, a empresa pode valer-se da situação, para, mesmo sabendo os números dos consumidores presentes no cadastro, efetuar a ligação e isentar-se de responsabilidade, alegando exclusivamente a falha estatal.

Mas será que é realmente necessária a intervenção estatal na iniciativa privada para determinar que as empresas passem a ter os seus próprios cadastros? Ora, isto já deveria ter sido uma atitude exclusiva da empresa, mas estas não enxergaram esta atitude como um ônus necessário a maximização dos seus lucros e sim como um gasto desnecessário a sua atividade, pois não detém conhecimento jurídico prévio suficiente para associar o cumprimento dos direitos do consumidor aos seus lucros. Tal fato fica evidenciado inclusive pela justificação do referido Projeto, a qual apresenta um breve histórico da tentativa legiferante do Estado em regular o setor, expondo projetos que já foram arquivados, pois não continham as especifi-

cidades exigíveis para a regulamentação do *telemarketing*[10].

O Projeto, inclusive, traz penalidades administrativas bem definidas para os casos de descumprimento das imposições nele contidas, abordando inclusive valores a serem pagos nas multas e em casos de reincidência, conforme o art. 8º. *Verbis*.

> Art. 8º O descumprimento das disposições desta Lei sujeita os responsáveis às seguintes multas:
>
> I – falta de oferta adequada do serviço de cadastro a que se refere o inciso I do caput do art. 3º: multa inicial de trinta mil reais, aplicada em dobro para cada campanha de telemarketing subsequente em que a infração se repetir;
>
> II – estabelecimento de contato por meio de qualquer código de acesso individual, em dia ou horário diferente daqueles determinados no inciso II do caput do art. 3º: multa de duzentos reais por contato efetuado;
>
> III – estabelecimento de contato por meio de código de acesso individual vedado pelo destinatário: multa de mil reais por contato efetuado;
>
> IV – indisponibilidade dos registros das pessoas físicas e jurídicas destinatárias de cada campanha de telemarketing, nos termos do inciso IV do caput do art. 3º: multa

---

[10] “Ao longo do tempo, a evolução tecnológica ampliou o poder de comunicação de outras plataformas, tornando-as indispensáveis à atividade econômica exercida pelas empresas do chamado “setor de relacionamento”. E, de forma semelhante ao que se observou em outros países, os consumidores passaram a ser importunados não apenas por ligações telefônicas: suas caixas de mensagem foram inundadas por mensagens comerciais, a maioria mal formulada ou mal intencionada.

Tais abusos continuam sendo corriqueiramente cometidos por diversas empresas e o setor se mostra incapaz de desenvolver e aplicar a autorregulamentação. O PLS nº 123, de 2007, propôs então substituir o cadastro único e centralizado de números telefônicos – proposto pelo PLS nº 234, de 2004, e adotado pela legislação de alguns Estados da Federação – pela obrigação, atribuída a cada empresa que realize o telemarketing, de manter sua própria base de dados e de excluir o registro daqueles que manifestem o desejo de não mais serem contatados.

O PLS nº 252, de 2008, por sua vez, propôs alterar o Código de Defesa do Consumidor (CDC) para prever a aplicação de multas de até cem mil reais às empresas que, por intermédio da telefonia fixa ou móvel, realizassem publicidade comercial sem autorização prévia do destinatário. Diferentemente dos anteriores, o projeto condenava o sistema conhecido por opt out, no qual o consumidor opta por ser excluído da lista de destinatários de mensagens comerciais, e determina a utilização do sistema opt in, que requer das empresas o consentimento prévio de cada usuário para que seu número de contato seja incluído em campanhas de telemarketing. Embora não concordemos com o extremismo dessa proposta, ela propiciou o debate acerca do método de controle da atividade.

O PLS nº 424, de 2009, preferiu abordar o telemarketing baseado em “mensagens de texto” do Serviço Móvel Pessoal (SMP), ratificando a percepção de que a atividade continuava a causar transtornos às pessoas.

Ao final da legislatura passada, todos esses projetos foram arquivados sem que houvesse a possibilidade de o Senado concluir o debate da matéria e consolidar princípios gerais que, independentemente da plataforma tecnológica, disciplinassem a atividade de telemarketing. Com amparo constitucional, pelo menos seis unidades da Federação já aprovaram leis que regulam essa atividade: São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul e Paraíba. O processo de controle mais utilizado é o de listas conhecidas como do not call, que contêm os números de telefone das pessoas que não desejam ser contatadas em campanhas de telemarketing. Os Procons têm se encarregado de administrar tais listas.

Segundo dados divulgados em 2010, havia mais de um milhão de números cadastrados naqueles Estados. Como as multas previstas podem chegar a três milhões de reais, empresas começaram a oferecer serviços de consulta automática às listas estaduais, com atualizações diárias, para evitar que fossem geradas ligações para linhas “bloqueadas”.

> de cinquenta mil reais por campanha realizada sem manutenção dos registros;
>
> V – cessão ou comercialização de bancos de dados em desacordo com o inciso V do caput do art. 3º: multa de cem mil reais, aplicada em dobro em caso de reincidência;
>
> VI – desenvolvimento de relacionamento com pessoa incapaz ou com menor de idade sem autorização dos pais ou responsáveis legais: multa de dez mil reais, aplicada em dobro em caso de reincidência.

Ainda existem no campo legislativo federal, iniciativas que visam não só alterar, mas também complementar as normas existentes no CDC, quanto a estas últimas, um bom exemplo é o Projeto de Lei 1.427/11 que aduz que os serviços de atendimento telefônico deverão disponibilizar na internet, mediante o uso de senha, a gravação do teleatendimento no prazo de vinte e quatro horas, sujeitando os infratores das normas deste diploma às penalidades presentes no art. 56 do CDC. A tentativa de se criar uma norma com este teor se justifica no sentido de evitar o arbítrio das empresas que prestam serviço de atendimento ao consumidor em gravar somente as ligações que lhes são convenientes, consequentemente prejudicando o direito do consumidor em demonstrar fato danoso ocorrido.

Ademais, o Projeto de Lei 281/12 que altera o CDC para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, na forma dos seus artigos: 45-C, I e III; e 45-D, I e II, aduz que é obrigação do fornecedor manter disponível serviço adequado, facilitado e eficaz de atendimento, como, por exemplo, o meio telefônico, para possibilitar ao consumidor o envio e recebimento de comunicados, inclusive notificações, reclamações e demais informações necessárias à efetiva proteção dos seus direitos, bem como devendo enviar ao consumidor a confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta, e via correspondente do contrato em suporte duradouro, podendo estar sob qualquer forma que ofereça as garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação dos dados contratuais, além disso, o fornecedor deve assegurar ao consumidor meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e correção de eventuais erros na contratação, antes de finalizá-la, sem prejuízo do posterior exercício do direito de arrependimento.

Visando a alteração no CDC, existe também o Projeto de Lei de 7.140/02, que propõe a alteração do art. 6º do referido diploma determinando que o acesso seja gratuito a serviços de atendimento com o objetivo de obter informações, apresentar reclamações e dirimir dúvidas sobre produtos e serviços, sendo vedada qualquer cobrança por estes serviços,

bem como pelo acesso telefônico ou via Internet às centrais de atendimento. Uma vez que, conforme a justificação do Projeto, obrigar o consumidor que vai reclamar da prestação de um serviço ou do defeito de um produto a pagar pelo serviço de atendimento não faz o menor sentido. A nosso ver, essa postura viola o direito do consumidor de obter informações, dirimir dúvidas e apresentar reclamações.

3 RENOVAÇÃO DA PERSPECTIVA JURÍDICO-ECONÔMICA: OBSERVÂNCIA ÀS CLÁUSULAS GERAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO MODO DE PREVENÇÃO DOS CONFLITOS

Conforme divulgado no Portal Conjur[11], no ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça, solicitou a Fundação Getúlio Vargas (FGV), para que desenvolvesse uma pesquisa sobre as causas de aumento do contencioso, a fim de que pudessem mapear as demandas repetitivas e propor soluções para a morosidade. Pois bem, a pesquisa, apresentada no *Seminário de Combate à Morosidade da Justiça – Diagnósticos e Propostas*, concluiu que há muitos incentivos para o aumento da judicialização dos conflitos na área de Direito do Consumidor, cujos principais são a legislação processual que estimula o tratamento individualizado das demandas de massa e fato dos consumidores buscarem diretamente o Judiciário em detrimento de uma composição extrajudicial. Uma das pesquisadoras da FGV, inclusive, afirma: "Não apenas a falta de legislação, mas o excesso dela também cria uma zona cinzenta que estimula a litigiosidade".

Ora, adequando os resultados da pesquisa acima com o que vem sendo defendido neste estudo, podemos concluir que a melhoria dos SACs e ouvidorias podem minimizar o quadro apontado no parágrafo acima.

Se o Judiciário vem sendo a primeira opção para a solução dos conflitos na relação de consumo é porque a relação entre o consumidor e fornecedor não costuma ser muito proveitosa. Além disso, levando-se em consideração o contexto atual das relações de consumo, as quais são comumente travadas a distância, pelo uso do teleatendimento, e consideran-

---

11 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-14/excesso-normas-decisoes-opostas-aumentam-demanda-justica>. Acesso em 03 de novembro de 2013.

do que a uma das principais reclamações dos consumidores é a má prestação deste que é ocasionada não só pela não observância das empresas à lei, mas também pela má qualificação dos teleatendentes, podemos concluir que o serviço de teleatendimento, com certeza, é um dos responsáveis por este aumento no contencioso. Além disso, pode ser constatada que a própria cultura legislativa dá suporte ao aumento do contencioso, haja vista a citada afirmação da pesquisadora.

Postas as razões que levam os consumidores ao conflito judicial e os legisladores a edição de cada vez mais normas, passa a ser necessário esclarecer o que leva as empresas a infringir os direitos do consumidor.

Segundo Salama (2010, p. 10 a 17), a Análise Econômica do Direito visa apontar os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas existentes de modo a identificar interesses dos diversos grupos. Levitt e Dubner (2005, p. 19 a 21) expõem que existem três tipos de incentivos: econômico, social e moral, sendo-nos interessantes apenas o primeiro e o último tipo. Pois bem, de acordo com aqueles autores, o incentivo moral é aquele nos faz tomar uma atitude em atenção a concepção ética que determinado grupo terá do que certo ou errado, enquanto que o econômico está diretamente ligado à ideia de custo-benefício e maximização de recursos.

Neste estudo foi possível constatar que o incentivo moral a não violação dos direitos dos consumidores foi inteiramente trocado pelo incentivo a manter o melhor custo benefício, pelo menos na visão das empresas que, ao passarem a ter a obrigações legais, são incentivadas pelos próprios instrumentos normativos a pagarem multas ou direcionam seu patrimônio para os conflitos judiciais. Ocorre que, como observa Salama (2010 p. 20 a 32), é preciso adequar os princípios de justiça e custo-benefício, não podendo o formalismo jurídico obstar a relação entre Direito e o mundo real dos fatos.

Sendo assim, as empresas poderiam utilizar esta perspectiva como um norte para suas atividades, isto é, adequá-las aos princípios já consagrados por meio das cláusulas gerais que norteiam o direito privado no ordenamento jurídico pátrio.

Para o jurista inglês, H. L. A. Hart, (1956, p. 141), as normas jurídicas gozam de uma “textura aberta”, isto é, dão margem para ser interpretadas, dada a impossibilidade do legislador delimitar toda a dinâmica social decorrente das ações humanas. MacCormick (2010, p. 167), explica que na visão de Hart, caberá ao juiz, dentro da textura aberta posta

pela norma, aplicar o direito ao caso concreto. Judith Martins-Costa (1998, p. 02) - ao defender que uma das grandes funções das cláusulas gerais é a de permitir a mobilidade externa do sistema, fazendo com que este seja composto de normas "em branco" a serem completadas conforme os casos concretos - questiona a necessidade de sempre se recorrer a pontual intervenção legislativa, quando o já sistema legislado poderia por si só alcançar inovações e acompanhar a dinâmica social. A mesma autora também aloca para o juiz papel central na construção da norma. Veja-se.

> [...] a concreção especificativa da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo, julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese e a doutrina, no apontar de exemplos.

Como visto os juízes assumem o principal papel de dar interpretação complementar à norma de caráter geral. Não é uma visão equivocada, sobretudo porque esta é sua função principal, além disso, os magistrados são atores qualificados para esta tarefa. Porém, ao concentrar toda a importância desse tipo de interpretação exclusivamente nos juízes, vem a tona uma preocupação voltada para a resolução de um conflito. Mas aqui, ao analisar um ramo dos serviços que gera alta litigiosidade como o teleatendimento, pretende-se demonstrar soluções para que o conflito não chegue a acontecer e não acarrete as consequências já demonstrads. Para isso, em vez de centralizar no juiz o papel de construção dos conceitos das cláusulas gerais nos casos concretos, por que não alocar este papel no empresário como uma medida de gestão e ao mesmo tempo de cumprimento legal?

Por óbvio que nem todos os empresários dos serviços de teleatendimento detêm o conhecimento jurídico dos magistrados, entretanto, devem ser assessorados por juristas que busquem, primeiramente, trabalhar em caráter preventivo. Com uma orientação jurídica feita antes do conflito, passará a se estimular um amadurecimento jurídico quanto à percepção teleológica do ordenamento, fazendo desonerar a máquina estatal de questões como o excesso de processos judiciais e criação exacerbada de normas.

Para Marinho Silva (2004, p. 19) o que existe hoje (comprovadamente demonstrado pelo relatório das normas demonstradas neste estudo), diante da escassez de normas trabalhistas de caráter protetivo a integridade do obreiro e pouco reconhecimento aos profissionais

da área[12], é uma vasta quantidade de normas preocupada com os aspectos econômicos, ou seja, com o consumidor, as quais são criadas com base em cláusulas gerais como a boa-fé objetiva, o direito a informação (ambos presentes no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor) e o direito a privacidade (art. 21 do Código Civil) e, portanto, devem nortear as atividades de uma empresta que presta teleatendimento, de acordo com as conclusões de Demócrito Reinaldo Filho (2007, p. 02). *In verbis*.

> 1ª. O serviço de *call center* (teleatendimento), se devidamente estruturado, pode ser utilizado como meio útil para recebimento de queixa e pedidos de cancelamento, mas não pode ser a forma exclusiva de atendimento oferecido pelas operadoras de telefonia móvel, uma vez que normas regulamentares da Anatel impõem a obrigatoriedade de disponibilizarem serviço de atendimento pessoal (postos de atendimento ao público) aos seus usuários.
>
> 2ª. Ainda que não houvesse norma regulamentar estabelecendo essa obrigação, as operadoras teriam que disponibilizar, ao menos, postos de atendimento pessoal para os consumidores hipossuficientes (idosos, portadores de deficiência física e gestantes), por força do art. 2º da Lei 10.048/00, que exige que as prestadoras privadas de serviço público dispensem tratamento diferenciado e prioritário a essa categoria específica de consumidores.

A boa-fé objetiva é um princípio autoexplicativo, Judith Martins-Costa (1998, p.14) enxerga a “boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”. É deste princípio que partem as condutas práticas a serem tomadas por quem organiza o setor de teleatendimento.

Nesse sentido, uma sugestão interessante seria o aprimoramento das ouvidorias, que usualmente são consideradas como a segunda instância dos SACs, uma vez que funcionam como um canal direto com a instituição demandada, onde é dada uma maior atenção à causa do problema, do que aos relatos casuais.[13] Porém, a ouvidoria não deve ser vista como apenas outra via de reclamação. Ela possui um viés social. Assim, conforme afirma Vismona *apud* Garcia (2011, p. 20), a ouvidoria que representa a parte lesada dentro da instituição, devendo analisar imparcialmente da reclamação para tentar solucionar a causa do problema de

---

[12] Apenas recentemente, em 2001, que o TST estabeleceu a jornada equiparada aos telefonistas, ao cancelar OJ nº 273 SDI-I, isto constata o atraso do nosso ordenamento jurídico em dar atenção a um setor de mercado que cresceu muito nos últimos anos e nem se compara ao serviço de telefonista, que diante do implemento de novas tecnologias de telecomunicação, resta defasado. Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/19599/cancelamento-da-oj-no-273-sdi-i-do-tst-e-repercussoes>.

[13] Disponível em: <www.guiadeouvidorias.com.br>, acesso em 3 de setembro de 2012.

forma preventiva, ou seja, ao ouvir a reclamação que não está dentro dos padrões em que os operadores de SAC estão adaptados a lidar, para evitar que os lesados busquem métodos que irão coagir as instituições de um modo mais severo (*v.g.* Procon, Ministério Público ou Bacen). Na visão de Garcia (2011, p. 18), para que o cliente seja atendido pela ouvidoria é necessário que este já tenha recorrido a qualquer outro canal de atendimento da empresa, seja ele qual for, e que sua reclamação tenha sido regularmente concluída, ou seja, todos os procedimentos para a solução do caso foram adotados, pois ali se busca a solução individual para cada problema. Cabe ressaltar que esta análise mais detalhada só é possível, tendo em vista o primeiro nível de atendimento, o SAC, solucionar o grande volume das reclamações. Ocorre que muitas empresas trabalham com sistemas de atendimento engessados, com rotinas pré-estabelecidas, burocratizando ainda mais os procedimentos internos e reduzindo as chances de solução do problema. Ao investir na mudança desse quadro, as empresas estarão fazendo exatamente o que diz o inciso 3º do art. 4º do CDC[14], sem a necessidade de que outras esferas de poder criem novas normas para tentar reforçar este paradigma e acabem por prejudicar a atividade do teleatendimento.

No que tange ao direito a informação, o que pode ser constatado é dentro do que se chamou aqui de "clichê legislativo do teleatendimento" sempre existem normas que determinam o envio do contrato ao consumidor. Esta postura em vez de ser determinada por meio de uma regra, já deveria fazer parte do planejamento das empresas uma vez que o art. 4º do CDC é categórico ao afirmar que um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo é a transparência. Ora, se a empresa cuida de teleatendimento, por óbvio que a transparência será reduzida e se a este princípio for auferido um valor em pecúnia nas hipóteses de seu descumprimento, este valor será apenas integrado ao orçamento da empresa, perdendo seu viés moral e tornando-se apenas mais um custo para a atividade. Sendo assim, seria mais interessante para as empresas que, voluntariamente, não só enviassem os contratos, mas que fornecessem vários meios para exibi-los, como a disponibilização *online*, pois assim se resguar-

14 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

daria de maneira pública e notória, sem necessidade de norma legal que exija esta conduta, o que proporcionaria, inclusive, uma melhor aceitação mercadológica.

Já o Direito à privacidade se refere exclusivamente aos serviços de *telemarketing*. Aqui se trata mais de uma questão de bom senso por parte da empresa, pois ligações fora de horário além de gerar conflitos, também proporcionam a perda da clientela. Além disso, alguns teleatendentes fazem um verdadeiro aliciamento em busca de informações de seus potenciais clientes. Portanto, esta orientação deve ser feita em caráter prévio, uma vez que também constitui parte daquilo que é passado ao trabalhador que executa o serviço.

Tal situação implica que o investimento na capacitação dos teleatendentes é medida essencial para que a prestação do serviço melhore, devendo esta sobrepor (senão serem tratadas como mais importantes) do que as medidas orçamentárias das empresas com relação aos conflitos judiciais que poderão surgir. Contudo, a capacitação sem o implemento de melhores condições de trabalho não surtirá efeito, isto não só no *telemarketing* mas também nos outros ramos do teleatendimento, assim, fica a cargo das empresas a responsabilidade de adotar medidas preventivas também no que concerne ao planejamento e administração das relações trabalhistas, utilizando o Direito do Trabalho como ferramenta eficiente para evitar problemas de ordem jurídico-empresariais.

4 CONCLUSÃO

As relações de teleatendimento constituem um fato social em que se dá causa a muitos conflitos de ordem jurídica, em razão da demanda social cada vez mais crescente no setor de serviços.

Essa demanda vem sendo atendida de maneira equivocada, isto é, as empresas que disponibilizam o teleatendimento não priorizam a qualidade do seu serviço e consequentemente comprometem as condições de trabalho do operador.

Além do sobredito, o foco normativo é mais voltado para o setor econômico e de consumo, onde uma há uma grande inflação de normas, que é prejudicial a atividade empresarial e à sociedade como um todo, uma vez que se tenta regulamentar exaustivamente uma ati-

vidade que pode ser controlada pela simples observância a preceitos do CDC, do Código Civil e do Direito do Trabalho.

Por isso, como medidas de gestão, impõe-se uma maior participação da empresa que disponibiliza o telesserviço, tornando concretas as mudanças sugeridas à ouvidoria, fornecendo informações necessárias ao ente terceirizado que irá prestar o serviço e aos consumidores, como também é de suma importância dar aos operadoes melhor qualidade no ambiente de trabalho e a capacitação necessária.

Assim a solução dada à mácula que compromete os serviços de teleatendimento deve ser de dentro para fora, ou seja, as empresas devem combatê-la desde sua raiz, adotando políticas internas que busquem evitar os conflitos, como as demonstradas acima. Dessarte, partindo da ótica dos teleatendentes, é lhes dar melhores condições de trabalho e a capacitação necessária. Já da ótica do consumidor, é a busca pelo aprimoramento constante do serviço, contudo sem que isto seja feito em razão de uma imposição normativa, mas, com uma visão jurídica amadurecida e, ao mesmo tempo, empreendedora, baseada nas cláusulas gerais sedimentadas no sistema legal.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAZONAS. Assembleia Legislativa. **Lei n. 3.633, de 29 de junho de 2011**. INSTITUI no âmbito do Estado do Amazonas, o Cadastro para o bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing. Disponível em: <http://www.aleam.gov.br/LegisladorWEB/LegisladorWEB.ASP?WCI=LeiTexto&ID=201&inEspecieLei=1&nrLei=3633&aaLei=2011&dsVerbete=>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Lei n. 3.742, de 26 de abril de 2012**. TORNA obrigatório o envio de cópia do Contrato de Adesão aos consumidores, por carta registrada na modalidade de aviso de recebimento - AR. Disponível em: <http://www.aleam.gov.br/LegisladorWEB/LegisladorWEB.ASP?WCI=LeiTexto&ID=201&inEspecieLei=1&nrLei=3742&aaLei=2012&dsVerbete=>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

BELMONTE, Alexandre Agra. Serviços de teleatendimento: aspectos jurídicos materiais e processuais controvertidos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre, RS, v.

75, n. 4, p. 25-42, out./dez. 2009. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/13796 >. Acesso em: 14 de agosto de 2012.

______. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 ago. 2012.

______. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 28 de julho de 2012.

______. **Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6523.htm>. Acesso em 28 de julho de 2012.

______. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7.140, de 2002**. Altera o Código de Defesa do Consumidor de forma a garantir o acesso gratuito dos consumidores aos serviços de atendimento. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=85467&filename=PL+7140/2002>. Acesso em: 06 de agosto de 2012.

______. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1.427**, *de 2011*. Dispõe sobre o serviço de atendimento telefônico ao consumidor. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876553&filename=PL+1427/2011>. Acesso em: 06 de agosto de 2012.

______. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf >. Acesso em: 31 de julho de 2012.

______. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei 673, de 2011**. Disciplina a atividade do *telemarketing*. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=847715&filename=PL+673/2011>. Acesso em: 06 de agosto de 2012.

______. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. **Portaria 49/2009**. Disponível em: < http://www.mp.pe.gov.br/uploads/i-mDMTLI-mLhB6mhNvYRjw/Izcw19Rt8S_U73ZIRiBDdA/SDE_Portaria_49-2009.pdf>. Acesso em: 10 de agosto de 2012.

DISTRITO FEDERAL. Câmara Legislativa. **Lei 4.171 de 08 de julho 2008**. Cria o Cadastro

para Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing, denominado “NÃO IMPORTUNE!”, e dá outras providências. Disponível em: < http://web01.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR-6749!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>. Acesso em: 05 de setembro de 2012.

______. Câmara Legislativa. **Lei 4.186 de 24 de julho 2008**. Torna obrigatório o encaminhamento, por escrito, dos contratos firmados por meio de call center e formas similares aos contratantes e dá outras providências. Disponível em: < http://web01.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR-6777!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>. Acesso em: 05 de setembro de 2012.

DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven D. **Freakonomics: o lado oculto de tudo que nos afeta**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ESPÍRITO SANTO. Assembleia Legislativa. **Lei 9.176 de 01 de junho de 2009**. Institui, no âmbito do Estado, o Cadastro para o bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing, denominado “Não Importune” e dá outras providências. Disponível em: < http://www.al.es.gov.br/antigo_portal_ales/images/leis/html/9.176.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº 205 de 2012**. Dispõe sobre a obrigatoriedade das empresas de Call Center encaminhar os contratos por escritos ao contratante de bens e serviços, na forma que especifica. Disponível em: < http://www.al.es.gov.br/antigo_portal_ales/images/documento_spl/36423.pdf>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei 304 de 2011**. Torna obrigatório o encaminhamento, por escrito, dos contratos firmados por meio de call center e formas similares aos contratantes, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.al.es.gov.br/antigo_portal_ales/images/documento_spl/35124.pdf >. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

GARCIA, Maria Carolina Mendes. Ouvidoria nas instituições financeiras como meio de fidelização de clientes. Disponível em: <http://www.abrarec.org.br/>. Acesso em 7 de setembro de 2012.

GOIÁS. Assembleia Legislativa. **Lei 17.424 de 21 de setembro 2011**. Institui, no âmbito do Estado de Goiás, o Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing. Disponível em: < http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=10078>. Acesso em: 05 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei 119 de 2012**. Torna obrigatório o encaminhamento, por escrito, dos contratos firmados por meio eletrônico ou call center e formas similares aos contratantes, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/37243882/al-go-15-05-2012-pg-25/pdfView>. Acesso em: 05 de setembro de 2012.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARINHO SILVA, Airton. **A regulamentação das condições de trabalho no setor de teleatendimento no Brasil: necessidades e desafios**. Disponível em: <http://www.fundacentro.gov.br/dominios/ctn/anexos/teses_pdf/TeseAirton.pdf>. Acesso em 13 de agosto de 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um sistema em construção: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em 02 de outubro de 2013.

MATO GROSSO DO SUL. Assembleia Legislativa. **Lei 4.167 de 07 de fevereiro de 2012**. Torna obrigatório o encaminhamento aos contratantes, por escrito, de contratos firmados por meio de call center e outros meios não presenciais, e dá outras providências. Disponível em: < http://legisweb.com.br/legislacao/?legislacao=237545>. Acesso em: 05 de setembro de 2012.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Lei 19.095 de 02 de agosto de 2010**. Disciplina o marketing direto ativo e cria lista pública de consumidores para o fim que menciona. Disponível em: < http://ws.mp.mg.gov.br/biblio/informa/060813753.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

NATAL. Câmara Municipal. **Lei 6.260 de 07 de junho de 2011**. Cria o Cadastro para Bloqueio do Recebimento de

Ligações de Telemarketing e dá outras providências. Disponível em: <http://www.natal.rn.gov.br/_anexos/publicacao/legislacao/LeiOrdinaria__6260_.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2012.

PARÁ. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei 71/2009.** Dispõe sobre as práticas do serviço de telemarketing e coíbe abusos e fraudes nesses serviços. Disponível em: <http://www.cassioandrade.com.br/not21.html>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

PARAÍBA. Assembleia Legislativa. **Lei 8.841 de 12 de junho de 2009**. Cria o cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing e dá outras providências. Disponível em: < http://201.73.83.244:8082/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/9265_texto_integral>. Acesso em: 02 de setembro de 2012.

PARANÁ. Assembleia Legislativa. **Lei nº 16.135 de 24 de junho de 2009**. Institui, no âmbito do Estado do Paraná, o Cadastro Para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing, conforme especifica. Disponível em: < http://www.alep.pr.gov.br/web/baixarArquivo.php?id=28665&tipo=L&tplei=0>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Lei nº 16.685 de 20 de dezembro de 2010**. Dispõe que todas as empresas atuantes no Estado do Paraná ficam obrigadas a encaminhar por escrito aos contratantes, contratos firmados, verbalmente, por meio de call center ou outras formas de vendas a distância. Disponível em: <http://www.procon.pr.gov.br/arquivos/File/Lei16685_10envio_contrato_firmado_callcenter.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

PERNAMBUCO. Assembleia Legislativa. **Lei 13.796 de 11 de junho de 2009**. Institui no Estado de Pernambuco o Cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing e dá outras providências. Disponível em: < http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=13796&complemento=0&ano=2009&tipo=>. Acesso em: 02 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Lei 14.566 de 27 de dezembro de 2011**. Obriga o encaminhamento aos contraentes, por escrito, de uma via dos contratos firmados por *call center*, internet e similares. Disponível em: < http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=14566&complemento=0&ano=2011&tipo=>. Acesso em: 02 de setembro de 2012.

PROBARE. **Código de Ética**. Disponível em: <http://www.probare.com.br/codigo.html>. Acesso em: 30 de setembro de 2012.

______. **Norma de Maturidade de Gestão**. Disponível em: <http://www.probare.com.br/norma.html>. Acesso em: 30 de setembro de 2012.

REINALDO FILHO, Demócrito. **O sistema de “call center” (teleatendimento) – sua insuficiência e a obrigação das operadoras de telefonia móvel de disponibilizar postos de atendimento aos usuários.** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/27026>. Acesso em 27 de agosto de 2012.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. **Lei 5.739 de 07 de junho de 2010**. Dispõe sobre a abertura e utilização de cadastro, ficha, registro de dados pessoais e de consumo por concessionárias de serviço público, estabelecimentos comerciais e empresas de telemarketing. Disponível em: < http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/73d00172c1c8edfb8325773c006890da?OpenDocument>. Acesso em: 09 de setembro de 2012

______. Assembleia Legislativa. **Lei 5.925 de 25 de março de 2011**. Dispõe sobre a aplicação dos efeitos do Decreto Federal nº. 6.523/2008

no âmbito estadual. Disponível em: < http://www.agenersa.rj.gov.br/agenersa_site/documentos/Legislacoes/Lei5925-11.pdf>. Acesso em: 09 de setembro de 2012

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. **Lei 13.249 de 08 de setembro de 2009**. Cria o Cadastro para Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing, e dá outras providências. Disponível em: < http://www3.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegis/Arquivos/13.249.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº 44/2009**. Cria o Cadastro para Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing, e dá outras providências. Disponível em: <http://proweb.procergs.com.br/Diario/DA20090407-01-100000/EX20090407-01-100000-PL-44-2009.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa. **Lei nº 14.888 de 22 de outubro de 2009**. Torna obrigatório o encaminhamento, por escrito, de contratos firmados por meio de *call center* e formas similares, aos contratantes e adota outras providências. Disponível em: <http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2009/014888-011-0-2009-001.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Lei 15.329 de 30 de novembro de 2010**. Cria o cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing, e adota outras providências. Disponível em: < http://200.192.66.20/alesc/docs/2010/15329_2010_Lei.doc>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e Economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

______. Assembleia Legislativa. **Lei 12.239 de 23 de janeiro de 2006**. Dispõe sobre a instituição de cadastro com os números das linhas telefônicas dos assinantes do serviço de telefonia interessados no sistema de venda, por via telefônica. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/159801/lei-12239-06-sao-paulo-sp>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Lei 13.226 de 07 de outubro de 2008.** Institui no âmbito do Estado de São Paulo, o Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing. Disponível em: < http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=2690>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Lei 14.516 de 31 de agosto de 2011**. Torna obrigatório o encaminhamento, por escrito, dos contratos firmados por meio de call center e formas similares aos contratante, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2011/lei%20n.14.516,%20de%2031.08.2011.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

______.Assembleia Legislativa. **Ofício nº 072-1/07/PA. Ref.: Ofício 5522/R ADI nº 3959**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=330875>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

______. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei 566/06**. Disciplina o atendimento na compra de produtos e prestação de serviços realizado através de telefone, o chamado telemarketing. Disponível em: <www.abdir.com.br/pj_lei/pl_abdir_2_4_07_1.doc>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

______. Poder Executivo. **Mensagem nº 77/2009. VETO TOTAL ao Projeto de Lei 566, de 2006**. Disponível em: <www.casacivil.sp.gov.br/biblioteca-ccivil/VetoFile.asp?id=3>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

CORREA, Silvana Cordeiro. O Regime Jurídico Dos Militares na Esfera do Direito Penal: A Questão da Configuração da Obediência Hierárquica Como Causa de Exclusão da Culpabilidade. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

O REGIME JURÍDICO DOS MILITARES NA ESFERA DO DIREITO PENAL: A QUESTÃO DA CONFIGURAÇÃO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE.

Silvana Cordeiro Correa[1]

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo discorrer sobre as causas de exclusão da culpabilidade no que tange as hipóteses envolvendo o Direito penal Militar. Para tanto, se faz um relato de como o sistema hierárquico evoluiu juntamente com a justiça militar, bem como os institutos da hierarquia e da disciplina na seara castrense. Buscou-se analisar também a influência das escolas de obediência hierárquica da França, da Alemanha e da Inglaterra, e quais delas o Brasil adotou como referência. Debruçamo-nos, de igual forma sobre o sistema interpretativo do artigo 22 do Código Penal em contraposição ao artigo 38 do Código Penal Militar. Por fim, dedicamo-nos à análise do conceito que o Estatuto dos Militares e o regulamento do exército estabelece sobre o tema em apreço quando aborda a hierarquia e disciplina, juntamente com a patente hierárquica dos militares, tudo à luz do preconizado pelo artigo 142 da Constituição Federal e as decisões dos magistrados.

Palavras-chave

Direito Penal; Direito Penal Militar; Hierarquia Militar; Excludente de culpabilidade.

ABSTRACT

The scope of this paper is to discuss the causes of exclusion of guiltiness regarding the hypotheses involving the Military Criminal Law. Thus, it gives an account of how the hierarchical system evolved with the military justice, as well as institutions of hierarchy and discipline in the castrense field. We sought to examine further the influence of hierarchical obedience schools in France, Germany and England, and which ones Brazil adopted as reference. Dwelt us, equally in the interpretation of the article 22 of the brazilian penal code as opposed to the article 38 of the Military Penal Code. Finally, we dedicate ourselves in the analysis of the concept that the Statute of the Military and Army regulation lays on the subject of hierarchy and discipline, along with the hierarchical rank of the military, all recommended by the article 142 of the Brazilian Constitution and decisions of magistrates.

Keywords

[1] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à OPET – Organização Paranaense de Ensino Técnico, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

CORREA, Silvana Cordeiro. O Regime Jurídico Dos Militares na Esfera do Direito Penal: A Questão da Configuração da Obediência Hierárquica Como Causa de Exclusão da Culpabilidade. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

Criminal Law, Military Criminal Law, Military Rank; Excluded from guiltiness.

1 INTRODUÇÃO

A importância do tema desta monografia originou-se da parca Doutrina a respeito dos estudos do Direito Penal Militar, bem como da falta de delineamentos constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal sobre o que seria a hierarquia a e disciplina na seara castrense quando aquele é chamado a decidir as questões envolvendo essa especial categoria de servidores públicos.

O estudo do tema à luz da constituição e jurisprudência não traz conclusões satisfatórias dado que são em sua maioria conflitantes, seja na órbita federal, quanto na Estadual, não trazendo segurança aos processos criminais, inerentes a obediência hierárquica.

Como bem assevera a doutrina, ‘a sociedade militar é peculiar. Possui *modus vivendi* próprio. Esta peculiaridade exige sacrifícios extremos (a própria vida em alguns casos), que são mais do que simples risco natural das atividades tidas como penosas ou insalubres com um todo.

Para essas condições tão especiais de trabalho, especial também será o regime disciplinar, de modo a conciliar tanto o interesse da instituição como os direitos dos que a ela se submetem. São submetidos à rigidez da hierarquia e disciplina, porém as severidades das sanções não podem ser confundidas como supressão de seus direitos.

Deste modo, se demonstra à necessidade de aprofundamento do tema, havendo a necessidade de se entender o histórico da hierarquia militar assim como o sistema das escolas hierárquicas do mundo.

Através de doutrinas especificas de hierarquia como de KOERNER e LEIRNER, se faz uma síntese dos conceitos por eles expostos, afim de se traçar, alem da definição de obediência hierárquica também adaptá-la ao que vem acontecendo, como veremos em alguns casos julgados.

No entanto, se faz necessária a análise desses casos ou de casos futuros, para aqueles militares os quais ainda não foram submetidos à Instrução individual Básica, e o en-

tendimento do que seria hierarquia e disciplina. Sendo assim, a excludente de culpabilidade seria mais ampla, pois a visão de condutas ilegais se restriria aos conhecimentos de cidadão e não de um integrante das forças armadas com o devido entendimento de hierarquia e disciplina. Contudo, passamos a estudar mais afundo.

2 REGIME CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Da análise conjunta do artigo 142 da Constituição Federal e do artigo 38 do Código Penal Militar, infere-se uma interpretação mais razoável ao regime jurídico dos servidores públicos militares, bem como o delineamento dos requisitos satisfatórios à aplicação aos casos concretos.

A Constituição Federal ao estabelecer no artigo 142, "caput" que: "*As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República,...",* não estabeleceu um sistema fechado quanto ao regime jurídico administrativo aplicável aos Militares, quis sim a Carta da República, estabelecer que esta categoria especial de servidores públicos tivesse um regime disciplinar diferenciado com amparo legal, regido apenas por dois pontos básicos, quais sejam a hierarquia e a disciplina, amparados no escopo da defesa da pátria e das instituições democráticas.

Neste sentido é tão forte a ideia da hierarquia e da disciplina que o Código Penal Militar estabelece no artigo 163[2] que qualquer desobediência à superior hierárquico constitui crime de insubordinação.

O Estatuto dos Militares, reserva em seu Capítulo III, para regulamentar sobre a hierarquia e disciplina, conceituando-a e delimitando os círculos hierárquicos, as escalas de hierarquia bem como a correspondência entre os postos e as graduações da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, de tão importância que se da ao tema na categoria especial de servido-

[2] Recusa de Obediência
Art. 163. Recusar obedecer à ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução:
Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.
(BRASIL, Decreto-Lei 1001 de 21 de outubro de 1969. Brasília, DF, 1969.)

res públicos Militares[3].

Esta categoria de servidores públicos diverge das demais, quanto à “estabilidade”, sendo que os praças (soldado e subtenente) só conseguem estabilidade após 10 anos de prestação de serviço efetivo, já o oficial no período de aspirante a oficial, chamado de “estagio probatório”, ainda não se tem estabilidade, sendo que só com a carta patente que serão estáveis.

Portanto, são limitadas pelas restrições no que toca ao pundonor[4] militar, pela busca da manutenção do bom nome das instituições militares e qualquer ato que viole esta pode ser considerada como atitude indigna de um militar e podem acarretar a exclusão dos quadros das Forças Armadas e da Polícia Militar, no qual os militares estáveis podem perder o cargo em face do conselho de disciplina (praças) ou justificação (oficiais).

Mesmo com as reformas constitucionais advindas, busca-se uma interpretação sistemática para melhor sedimentar o estudo do tema, uma vez que a Constituição não se lê em tiras e, portanto, tudo o que expressamente não se relacionar com hierarquia e disciplina poderia estar sujeito à observância dos preceitos do artigo 37 da Constituição Federal como balizar da legislação ordinária que trata do tema, como o é aos demais servidores públicos, devendo ser respeitadas é claro, as particularidades da carreira.

Através desta perspectiva, pretende-se a demonstração da possibilidade de interpretação ampla da obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade.

Os militares são os integrantes das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), segundo o artigo 142, *caput,* da Constituição Federal e os membros das polícias Militares e do Corpo de Bombeiros Militares, no plano dos Estados.[5]

Segundo José Afonso da Silva, entende-se por servidores públicos militares federais, nos termo do art. 142 da CF, os integrantes das Forças Armadas, e servidores públicos militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e

---

[3] BRASIL. **Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980, dispõe sobre o Estatuto dos Militares.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 dezembro 1980.

[4] PUNDONOR MILITAR está intimamente ligado à honra pessoal. É o esforço do homem para compatibilizar sua conduta como um profissional zeloso da própria reputação. Em serviço, ou fora dele, o Policial Militar deve manter elevado padrão de decência, porque o sucesso profissional pode ser decorrente do respeito que lhe é devido, bem como a dignidade, o prestígio e a autoridade da notável profissão. VALLA, W. O. Deontologia Policial – Militar, AVM: Curitiba, 2002, sn. (Art.6, II do Decreto Federal 4.346/2002 – Regulamento Disciplinar do Exército.)

[5] “A todos os militares aplicam-se os princípios e normas do art. 142, §§ 2° e 3°, da Constituição”, segundo MOREIRA NETO, D. F. **Curso de Direito Administrativo**. 12a.ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 321.

de seus corpos de bombeiros militares.[6] Deste modo, "... a força militar, nomeadamente a tropa de linha, surge como expressão armada da nação ou do povo, e não como o Estado dentro do Estado".[7]

Por isso, os Militares, sejam os integrantes das Forças Armadas, sejam os Estaduais como forças auxiliares, desempenham papel importantíssimo na sociedade Brasileira, com o fim de manter a ordem pública e a soberania nacional, evidenciando-se, assim, a relevância do estudo do tema em comento.

3 UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL MILITAR NO QUE SE REFERE A OBEDIÊNCIA PENAL HIERÁRQUICA

A Constituição Federal, em seu artigo 142, § 1°, estabeleceu que a União legislará, mediante lei complementar, sobre normas gerais aplicáveis aos militares. De igual modo os artigos 25 e 42 da mesma Carta Constitucional estabeleceram o princípio da simetria ou do paralelismo, entre Estados e a União no que toca à organização administrativa.

Nada obstante, o artigo 42 da CRFB/88 não indicou em seu § 1°, que se aplicam aos policiais militares o § 1°, do artigo 142 da Constituição (exigência de Lei Complementar), o que dificulta ainda o estudo do tema.

A fim de se traçar qual o âmbito de observância obrigatória da legislação estadual, é preciso obedecer a eventual legislação Federal a ser editada ou não, mesmo que rapidamente, que se defina o federalismo simétrico entre essas pessoas de direito público no que toca à legislação.

Deste modo, defende Raul Machado Horta[8] o seguinte, *in verbis:*

> Projetada na concepção de Kelsen, a simetria federal, dentro de tipologia constante, envolve a existência de ordenamento jurídico central, sede das normas centrais do Estado Federal e de ordenamentos jurídicos parciais, responsáveis pelas normas centrais do Estado Federal e de ordenamentos jurídicos parciais, responsáveis pelas nor-

---

6 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15a. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 671.

7 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 374.

8 HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4a. ed. Belo Horizonte: Rel Rey, 2003, p. 492.

> mas federais da União e as locais dos Estados Membros, organizados e comandados pela Constituição Federal na função de Constituição total, fonte da repartição de competências, que alimenta o funcionamento do ordenamento central e dos ordenamentos parciais.

Sem querer tecer qualquer espécie de crítica a forma de concepção tradicional de federalismo, apenas partindo-se do conceito clássico, o princípio da simetria pode ser entendido da seguinte forma no que toca ao trato dos militares, qual seja, os Estados devem respeitar as normas gerais de hierarquia e disciplina postos pela Legislação Federal.

No entanto, hierarquia e disciplina estão umbilicalmente envolvidas com a organização das Forças Amadas, ou seja, matéria a ser tratada por Lei Complementar segundo a destinação constitucional do §1°, do Art. 142.

Assim, mesmo que a Carta da República tenha excluído da vinculação dos Estados a edição de legislação especial, deve esta no que toca a hierarquia e a disciplina obedecer ao que eventualmente seja fixado para os Militares Federais.

Ou seja, quando a legislação Federal estabelece (Decreto n° 4.346/2002-Regulamento Disciplinar do Exército) os motivos de punição disciplinar, não podem os Estados estabelecer de maneira diferente, como, por exemplo, estabelecer que a violação ao pundonor[9] militar não é causa de expulsão.

Assim, a destinação e emprego no tocante a interesses locais – Estaduais – na aplicação das polícias militares, subsídios, etc., compete exclusivamente aos Estados, mediante legislação especial.

Hoje a legislação que vem sendo aplicada sem um maior critério para reger a carreira Militar nos Estados é o Decreto-Lei n° 667, de 02 de julho de 196 (revogou o Decreto-lei n° 317, de 13 de março de 1967), o que estabelece as normas gerais a serem seguidas.

Os militares estaduais por adotarem o sistema estatutário são regidos por leis específicas, podendo, segundo alguns[10], haver estatutos funcionais múltiplos, em razão de que cada pessoa da federação tem autonomia e, por isso, tem poder de se auto-organizar seus servidores.

Contudo, ante o regime jurídico adotado pela Constituição Federal e pelo princí-

---

[9] Vide conceito supra p.8.

[10] CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo.** 17ª. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 483.

pio da simetria, quando os Estados legislarem de forma diferenciada do estabelecido para as Forças Armadas, devem obedecer à hierarquia e disciplina fixados na Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980, que institui o Estatuto dos Militares Federais.

Alguns estudiosos do direito, ao analisarem o tema, afirmam que a Lei Estadual específica tem a função de dispor sobre as matérias estatutárias com fulcro no artigo 42, § 1°, da Constituição Federal[11].

Desta forma, passa-se a verificar sobre quais matérias podem os Estados legislar.

Ademais, o ponto importante da reforma pelo qual o trato militar passou, esta na questão da exigência de Lei Complementar para regular matéria geral, exigidas pelo artigo 142 da Constituição Federal.

Alexandre de Moraes[12] afirma que:

> *..., a razão de existência da lei complementar consubstancia-se no fato de o legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar de evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de engessamento de futuras alterações; mas ao mesmo tempo, não poderiam comportar alterações volúveis e constantes, sem, porém, lhes exigir rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, assim que necessário[13].*

A Emenda 20 de 15 de dezembro de 1998, que modifica o sistema de previdência social e estabelece normas de transição, só tratou diretamente no trato dos militares no que toca à remuneração, proibição de greve, vedação ao *habeas corpus.*

Todavia, não fez a Carta de Republica em dar um conceito do que seria hierarquia e disciplina. Apenas argentou que é a "Base" das Forças Armadas e forças auxiliares. Se não vejamos o artigo 142, CFRB/88:

> "Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem." (grifo nosso)

---

11 MOREIRA NETO, D. F. **Curso de Direito Administrativo.** 12ª.ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 321.

12 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21ª. Ed. Atlas, São Paulo, 2007, p. 641.

13 No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, M. G. **Do Processo Legislativo,** 4ª. ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 244. "A Constituição enuncia claramente em muitos de seus dispositivos a edição de lei que irá complementar suas normas relativamente a esta ou àquela matéria. Fê-lo por considerar a particular importância dessas matérias, frisando a necessidade de receberem um tratamento especial. Só nessas matérias, só em decorrência dessas indicações expressas é que cabe a lei complementar".

Se for certo que não é dado ao legislador dar conceitos, poder – ser – ias inferir que a legislação pátria assim o fez no caso dos militares. Vejamos o que diz o artigo 14 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares):

> “Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.
>
> § 1º A **hierarquia militar** é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.
>
> § 2º **Disciplina** é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.”

O legislador fez por bem, mencionar o conceito de hierarquia e disciplina no regulamento do Exército o Decreto nº 4.346 de agosto de 2002, em seus artigos 7 e 8, como vejamos:

> Art. 7º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações.
>
> Parágrafo único. A ordenação dos postos e graduações se faz conforme preceitua o Estatuto dos Militares.
>
> Art. 8º A disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar.
>
> § 1º São manifestações essenciais de disciplina:
>
> I - a correção de atitudes;
>
> II - a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos;
>
> III - a dedicação integral ao serviço; e
>
> IV - a colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência das Forças Armadas.
>
> § 2º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos permanentemente pelos militares na ativa e na inatividade.

Disciplinando-os, mas se pergunta se o eixo central do regime jurídico dos militares é a hierarquia e disciplina estas não deveriam estar balizadas em lei complementar?

A lei complementar 97 de 9 de junho de 1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, também não trata de hierarquia e disciplina, porém pela recepção das normas infraconstitucionais, devem ser utilizado o Estatuto dos Militares neste ponto, fazendo às vezes de lei complementar.

Por isso, os limites das legislações impostas devem versar sobre a aplicabilidade

destes “princípios” e o emprego das Forças Armadas, deixando para a legislação ordinária o regramento dos demais preceitos constitucionais.

Ou seja, até que a referida legislação venha a ser editada, no que toca as normas gerais sobre o assunto, podem os Estados, por determinação Constitucional (art. 24, §3°, da CRFB/88), exercerem competência legislativa plena para atender as peculiaridades de suas Polícias Militares.

4 ESCOLAS DE OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA MILITAR

Para que se compreenda melhor a questão da obediência hierárquica na seara militar se faz necessário o estudo sobre os sistemas de obediência hierárquica existentes no mundo.

No mundo há três sistemas pelo qual a obediência hierárquica é estudada nas forças armadas, quais sejam: a) francês (sistema da obediência cega, na qual o subordinado é mero objeto das vontades do superior, ou seja, se a ordem for ilegal, somente o superior será responsabilizado); b) alemão (para que o servidor fique isento de responsabilidade, deverá exigir do superior confirmação por escrito da ordem que lhe pareça ilegal) e c) inglês (o subordinado tem o dever de cumprir apenas as ordens legais, devendo sempre que possível descumprir as ordens ilegais e em qualquer hipótese aquelas de ilegalidade manifesta).

“Se duvidosa a legalidade da ordem, ainda assim deverá acatá-la o inferior hierárquico, porque, nesse caso, a sua criminosidade não é evidente e a ordem não é manifestamente ilegal”.[14]

Ocorre que devemos investigar qual desses sistemas foi adotado pela Constituição para orientar a forma pela qual o tema será tratado.

Para o professor Damásio[15]:

> “Atualmente, não se admite mais o cego cumprimento da ordem legal, permitindo-se que o inferior examine o conteúdo da determinação, pois ninguém possui dever de praticar uma ilegalidade. Não se coloca o subordinado numa condição de julgador superior da ordem, o que criaria um caos na máquina administrativa, mas a ele se

---

14 KOERNER JÚNIOR, Rolf. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 105.

15 DE JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. 11. ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2001, p. 492.

> outorga o direito de abster-se de cumprir uma determinação da prática de fato manifestamente contrário à lei, mediante uma apreciação relativa. Relativa porque não lhe cabe julgar a oportunidade, a conveniência ou a justiça da prática do fato constitutivo da ordem, mas somente a sua legalidade.

Em 1955, foi aprovado o regulamento geral da marinha, o Decreto nº 38.010, onde ao tratar no seu artigo 2º sobre hierarquia e disciplina, demonstra que o Brasil a época mantinha o sistema francês, amparado pelo absolutismo. No Brasil, foi adotado um sistema intermediário, onde se resguarda a legalidade, sem prejudicar o princípio de hierarquia e disciplina, o que teria ocorrido no sistema Inglês.

Segundo Capez[16] ao afirmar que o instituto da obediência hierárquica incide sobre o um dos elementos da culpabilidade, a exigibilidade de conduta diversa: “É a obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, tornando viciada a vontade do subordinado e afastando a exigência de conduta diversa.” Deste modo, o autor toma essa posição pelo fato de a obediência hierárquica estar inserida juntamente com a coação irresistível, excludente de culpabilidade que se dá em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

Ademais, sobre o tema Eliezer Pereira Martins[17] assevera que “é evidente que o problema assume aspectos peculiares ao serviço militar, aos deveres militares, ao princípio disciplinar, base das organizações militares”. Conforme leciona o professor Damásio de Jesus[18], “de observar-se que em certos casos a obediência deve ser absoluta e não relativa, como acontece no sistema militar, em que não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem”.

Por isso, este trabalho tem sua importância e foco de estudo nos casos polêmicos de obediência hierárquica, utilizando-se uma interpretação que dará maior efetividade aos comandos constitucionais.

5 EVOLUÇÃO DO SISTEMA HIERÁRQUICO BRASILEIRO

Ao dar início ao estudo da hierarquia precisamos conceituá-la sob o prisma da

[16] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal –** parte geral - v. I. 16ª ed. São Paulo.: Saraiva, 2000, p. 276

[17] MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade: Doutrina, Prática, Legislação.** São Paulo: Editora de Direito, 1996. p. 247.

[18] DE JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado.** 11. ed. São Paul: Revista dos Tribunais, 2001, p. 436.

doutrina, analisando-se, ainda, como surgiu e como foi abordada no Código Penal Brasileiro, no Estatuto dos Militares e no regulamento do Exército.

Encontramos hierarquia hoje em diversos sistemas da sociedade, mesmo onde não tem autoridades constituídas, nem tampouco Estado formado, inclusive para Dumont[19] citado por Leirner, diz encontrar nas castas da Índia a hierarquia como um princípio que norteia toda a vida social daquele país "as castas nos ensinam um princípio social fundamental, a hierarquia (…)". Tendo para alguns generais da reserva que a hierarquia, principalmente entre oficiais-generais, é o princípio básico mais importante e decisivo, e que norteia toda a vida da instituição militar.

Esse princípio aparece na própria constituição quando define Forças Armadas no artigo 142, "(…) organizadas com base na hierarquia e disciplina, (...)".

Hierarquia é a uma forma de organização da sociedade, sendo de maior valor para as Forças Armadas pela sua essência, sendo que este princípio é base para todo seu estudo e grande parte deste trabalho.

Leirner conceitua hierarquia como a base sobre a qual se exteriorizam cotidianamente sinais de respeito, honras, cerimonial, continência, ordens e comandos; tudo isso executado pelos membros da Força, cada qual em uma posição no interior da instituição, sem que ao menos precisem ter consciência de que, tomadas em seu conjunto, as diferentes condutas são manifestações particulares que necessariamente transitam por esse princípio regulador coletivo que é a hierarquia. Pode-se dizer, portanto, que a partir dela se espelham as relações sociais e a visão de mundo militar.[20]

No mesmo sentido, Koerner[21] conceitua hierarquia como um fato social de que decorre a obrigação de obediência e, excepcionalmente, o dever de desobediência para o subalterno. Essa desobediência, a qual Koerner se manifesta, é exatamente as causas de exclusão de pena o qual iremos estudar, e que é tratada na legislação.

---

[19] LEIRNER, Piero de Camargo. **Meia Volta, volver: um estudo antropológico sobre hierarquia militar.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997. *apud* de DUMONT, Louis. Homo hierarchicus. São Paulo, Edusp, 1992.

[20] LEIRNER, Piero de Camargo. **Meia Volta, volver: um estudo antropológico sobre hierarquia militar.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997. pag. 53

[21] JUNIOR, Rolf Koerner. **Obediência Hierárquica**. Belo horizonte: Del Rey, 2003.

5.1 Origens Militares e da Hierarquia

A base a qual caracteriza o Exército brasileiro esta na idade média, sendo que já se organizavam hierarquicamente as sociedades européias pelo sistema de susserania e vassalagem, e era de grande importância nas distinções da sociedade. Os graus de hierarquia estavam diretamente ligados à posse de terras, sendo que a maioria dos oficiais nessa fase eram proprietários de terras, e que acabavam por desempenhar os deveres de oficiais.[22]

Porém, com o surgimento da burguesia, houve mudanças estruturais na economia feudal, afetando de forma significativa à nobreza, a ponto do rei nesse momento se aliar com a burguesia a fim de se unificar o reino e criar um exército, surgindo as bases de uma outra sociedade, cujos pilares são a hierarquia e a lealdade entre seus membros. A partir dai a formação de um exército[23], onde passaram a ser composto pela nobreza desconstituída.

No século XV em Portugal, se encontrava o mesmo sistema feudal e sua estrutura da Europa. No Brasil, colônia de Portugal foi utilizada o mesmo sistema trazido da evolução do feudalismo, sendo que o senhor de terras será, conseqüentemente uma autoridade pública, e investido no poder militar[24].

Os mesmo colonos donos de terras de Portugal, adquiriram terras no Brasil através das cartas de doação, e assim teriam também seus deveres militares. Sendo que apesar de se ter um novo sistema com mudanças significativas, o sistema feudal foi mantido ao que se refere aos princípios estruturais originários, como as patentes militares, a composição da hierarquia e a relação de comando e da obediência atrelada ao Rei.

No entanto, a estrutura militar brasileira se dividiu estruturalmente pelas linhas de comando composto pela nobreza portuguesa, e as milícias compostas por brasileiros nativos, incluindo negros e índios e também havia os guardas territoriais o qual eram denominados como ordenanças, porém apenas para casos de emergência.[25]

Porém houve mudanças, onde passou a misturar as tropas do comando com as mi-

---

[22] JUNIOR, Rolf Koerner. **Obediência Hierárquica**. Belo horizonte: Del Rey, 2003, p. 55.

[23] NOGUEIRA, Marco Aurélio. No capitulo **Exército e Estado no Brasil Imperial**, de um de uma de suas obras, refere-se o exército como um grupo que atua e expressa ao mesmo tempo interesses profissionais e interesses sociais, e que tem um tipo específico de conexão com o Estado. Capitulo disponível em http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/index. Acesso em 15 de outubro de 2012.

[24] SODRE, Nelson Werneck. **História militar do Brasil.** Rio de Janeiro: civilização brasileira, 1965, p. 18.

[25] LEIRNER, Piero de Camargo. **Meia Volta, volver: um estudo antropológico sobre hierarquia militar.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997, pg. 62.

lícias, e cada vez as patentes respondiam menos a suas funções, havendo um relaxamento dos critérios de nobreza, limitando o ingresso como cadete e ao acesso à oficialidade, e a consolidação de um sistema híbrido.[26]

5.2 A Justiça Militar no Brasil

A Justiça Militar é muito antiga, tanto que mesmo no Brasil colônia onde foram criadas as autonomias de Conselhos em sistemas regionais, não havia legislação que se regulamenta, só a promulgação de um alvará com força de lei editada pelo, na época, Príncipe Dom João VI onde foi criado foro especial aos delitos Militares**.** Nessa mesma época, foi criado um conselho supremo militar, depois de chamado conselho de justiça o Supremo Tribunal Militar.

Apenas em 1850, houve o fim do sistema com uma lei definitiva que veio regulamentar a estrutura hierárquica, desvinculando-a da organização medieval, onde até ex-escravos passaram a entrar para o corpo permanente do Exército. Nessa época, era total o desconhecimento da Justiça Militar, tanto que a Constituição Federal de 1824 nem ha fazem menção.

Segundo Leiner, a guerra do Paraguai em 1964/1970, foi um grande “marco inaugural” para o exército, contribuindo para sua formação. Tanto que a Constituição de 1891 no artigo 77 menciona a justiça militar ser apenas em caráter jurisdicional. Em 1893 com o Decreto Legislativo 149/1893 traz a verdadeira organização do Tribunal Militar a competência e atribuições administrativas.

Só na Constituição de 1946, é que foi criada a aeronáutica, a mudança do nome de Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Militar, e ampliada sua competência para processar e julgar os crimes contra a segurança nacional.

Em 1969, foi promulgado o Decreto Lei nº 1000 (revogado); nº 1001 (Criando o Código Penal militar atualmente em vigor); nº 1002 (criando o Código de Processo Penal, também em vigor); nº 1003 (que organizava a justiça Militar da União, foi substituído pela lei

[26] Híbrido – mistura; ilegal; irregular; desigual etc.

8.457/1992).

Na Constituição Federal de 1988, hoje vigente, retirou à competência da justiça militar quanto à segurança nacional, e passou a ser da justiça Federal comum. Também, o civil que antes era julgado pela Justiça militar será submetido a ela apenas nos casos em que a lei discipline.

Faz menção à competência da justiça militar estadual o artigo 125 § 4 da referida Constituição Federal de 1988 e em seu artigo 42 faz menção as forças auxiliares, trazendo a nomenclatura hierarquia e disciplina.

5.3 Origens no Código Penal Brasileiro a e abordagem no Código Penal Militar, no Estatuto dos Militares e no Regulamento do Exército.

Contudo, em 1830 onde já existia a primeira Constituição Federal de 1927, sob a sua égide, foi criado o Código Criminal do Império, todavia, à época, sequer se discutia sobre obediência hierárquica. No entanto o citado diploma legal foi substituído pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, e que veio a tratar de obediência hierárquica no artigo 28 do título III, que tratava da responsabilidade criminal, como justificativa do crime.

A partir desse código, a Consolidação das Leis Penais em 1932; o Projeto de Sá Pereira em 1927 a 1935 (mesmo que não aproveitado); o projeto Alcântara Machado de 1938 (também não vigorou); todos trataram de obediência hierárquica, porem não se havia uma distinção quanto se era causa de justificação ou de isenção de pena.[27]

No vigente Código Penal de 1940, a obediência hierárquica juntamente com a coação moral irresistível, é tratada no artigo 22, como causa de exclusão de culpabilidade, tema base deste trabalho.

O Estatuto dos Militares de 1980, apesar de ser anterior a Constituição Federal de 1988, já abordava hierarquia e disciplina em seu artigo 14 e seguintes, e conceituou tanto hierarquia como disciplina.

No mesmo sentido em 2002, foi decretada a lei 4.346 de 2002, que regulamenta

[27] JUNIOR, Rolf Koerner. **Obediência Hierárquica**. Belo horizonte: Del Rey, 2003, p 57.

os militares do exército, também vem conceituar e tratar de hierarquia e disciplina nos artigos 7, 8 e 9,[28] trazendo esses conceitos para o Código Penal Brasileiro de 1940 e ao Código Penal Militar de 1969, que tratou de obediência hierárquica e coação irresistível em seu artigo 38, mas não trouxe o conceito. Vejamos:

> Art. **38. CPM Não é culpado quem comete o crime:**
>
> Coação irresistível: a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade;
>
> Obediência hierárquica: b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

Assim, passamos a estudar a obediência hierárquica na visão doutrinaria e pela legislação vigente.

6 OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

A obediência hierárquica como próprio Koerner comenta, não é riquíssima em nosso país[29], sendo de difícil compreensão a regra do artigo 22 do CP, e para começar a compreendê-lo, precisamos fazer analise dele como um todo.

> Artigo 22, do Código Penal – Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem. (grifo nosso)

A ordem a que nos interessa é de envolvimento com o direito Penal e de ordens delituosas ou ilícitas, não podendo ser manifestamente ilegais, ou seja, o artigo trata de excludente de culpabilidade somente se a ordem não manifestar ilegalidade. Porém o Direito Penal não conceitua ordem, incumbindo a doutrina e aos interpretes sua definição.

Para Galdino Siqueira entende-a "como específica manifestação de vontade que parte da autoridade para o subordinado"[30], sendo que a autoridade deve ter competência para ordenar e o subordinado tem o dever de obedecer.

---

[28] Ver p.9

[29] JUNIOR, Rolf Koerner. **Obediência Hierárquica**. Belo horizonte: Del Rey, 2003, p. 91.

[30] SIQUEIRO, Galdino. Tratado de Direito Penal, Rio de Janeiro: Forence, 1991, p. 353.

No mesmo sentido o professor José Frederico Marques definia: "Ordem de superior hierárquico é a manifestação de vontade do titular de uma função pública que lhe é subordinado, no sentido que realize uma conduta (positiva ou negativa)".[31]

Contudo, o conceito de ordem necessita não só de um subordinado competente como de um superior hierárquico com poderes e deveres administrativos, o qual ira manifestar a sua vontade, comando, determinação ou proibição (ordem), sendo que ambos são titular de uma função pública onde um tem poder hierárquico para comandar, sobre o outro que tem o dever de obedecer.

Não podemos falar em hierarquia sobre o foco do Direito privado, uma vez que nosso estudo se especifica exclusivamente no Direito Púbico. Até porque, se o subordinado no direito privado, cometer um fato ilícito comandado por superior, será esse fato cometido sobre coação irresistível e não sobre a exclusão de culpa por obediência hierárquica, como no direito público.[32]

Porém, no direito público podemos falar em coação, uma vez que, mesmo a ordem sendo manifestamente ilegal, por coação irresistível do superior, o subordinado comete o ilícito, o que será estudado mais à frente.

Partindo do ponto de que, quem da à ordem tem que ter competência para tanto, precisa-se então analisar quem é o titular dessa competência. Nesse sentido vemos a observação de Caio Tácito[33] que expõe: não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito.

Sobre outro foco o professor Damásio de Jesus ressalva ser inexistente o delito se o funcionário for incompetente, e a ordem deverá ser diretamente direcionada ao destinatário por escrito ou verbalmente, e para tanto, também é imprescindível que ele tenha o dever jurídico de agir ou deixar de agir, não podendo falar em desobediência se o próprio ordenamento jurídico não lhe impõe o dever de acatar o conteúdo da ordem.[34]

---

[31] MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v.2, p 239, Apud JESUS, Damásio evangelista de. Direito Penal. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p.446, n.1.

[32] "A obediência a ordens de superior, como excludente de punibilidade, refere-se à subordinação hierárquica administrativa, entre quem dá a ordem e a recebe, sem alcançar outras subordinações como empregatícia, familiar, religiosa ou legal" (TACRIM-SP-AC- Rel Emeric Levai - RJD 4/66).

[33] TÁCITO, Caio. **O Abuso de Poder Administrativo no Brasil**: **Conceito e Remédios**. São Paulo: Departamento Administrativo do Serviço Público Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959, p. 27.

[34] JESUS, Damásio E. **Direito Penal – Parte Especial** – Vol. 04. 13º edição. São Paulo: Saraiva, 2003 p.220.

A ordem por si só sendo ela competente e legal, deve ser cumprida pelo seu subordinado, porém, se o superior hierárquico não tem competência para com o subordinado a quem pretende ordenar, essa ordem será ilegal pela sua natureza. Por outro lado à ordem poderá ser competente e ilegal, o que vem a ser o objeto do nosso estudo.

No entanto, a competência é uma das condições para a validade da ordem, e é entendida como o poder atribuído ao agente da administração para desempenho específico da sua função, como faz menção Hely Lopes[35].

Esse poder dever do administrador público são expressos em lei, estando sujeitos para cada agente administrativo o poder público para poder desempenhar as suas funções, cargo, serviço ou atividade. Porém deve ser usado como um atributo, e não como um privilégio do administrador público, pois o poder de agir vira um dever de agir, pois não se admite a omissão de autoridade diante de situações a que exigem sua atuação.[36]

Em se tratando de funcionário público, o Código Penal se incumbiu de conceituá-lo para seus efeitos em seu artigo 327, dispondo que mesmo transitoriamente ou sem remuneração, será funcionário público quem exerça cargo, emprego ou função pública, mesmo que em entidade paraestatal ou que trabalhe em empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Sendo assim, a ordem o qual se refere o artigo 22 do Código Penal, se trata de ordem emanada de quem tenha competência para tanto, competência essa expressa em lei, para funcionários públicos conceituados no artigo 327 do Código penal.

Com efeito, em caso de desobediência a ordem legal a funcionário público, dispõe o artigo 330, se referindo a não cumprimento de ordem legal. A ordem deve ser formal e pessoal, tendo que haver prova de que fora intimado pessoalmente a cumpri-la, para então caracterizar desobediência, não bastando o mero pedido por si só.

O crime de desobediência pode ser executado por qualquer pessoa por ser um crime comum, inclusive por funcionário público. No entanto, a ordem a que se trata o Artigo 330 do CP, não deve estar relacionada à função, pois caso diga respeito se enquadrará no crime de prevaricação o que não é o foco de nosso estudo.

---

[35] MEYRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22º edição atualizada. Malheiros, São Paulo.1997.

[36] MEYRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22º edição atualizada. Malheiros, São Paulo.1997.

Desobedecer à ordem de funcionário público é o comportamento proibido, sendo que a ordem deve ser legal, pois se for ilegal, não há crime, por isso toda ordem deve estar fundada em lei, e com funcionário público competente para dá-la. Como elemento subjetivo do tipo temos o dolo, onde quem desobedecer, deve ter vontade livre e consciente que esta descumprindo ordem legal.[37]

Sendo assim como requisitos para se enquadrar na excludente de culpabilidade do Artigo 22 do CP, temos a relação de subordinação fundada no direito administrativo, que será o subordinado competente para cumprir e o superior hierárquico competente para ordenar, e, a ordem não poderá ser manifestamente ilegal, tendo a pessoa ordenada o discernimento para reconhecer se o fato a cumprir será licito ou ilícito.

6.1 Da ordem manifestamente ilegal e não manifestamente ilegal

O dever do interprete é de analisar caso a caso as ordens recebidas, verificando que para quem recebe a ordem nem sempre a legalidade dela é vista da mesma maneira, o que será manifestamente ilegal para um, não será necessariamente ilegais para outro.

Mas para cada ordem dada de superior hierárquico, gera uma conduta de seu subordinado, mesmo que seja para não cumpri-la, porém, para não cumpri-la, a ordem deve ser manifestamente ilegal, para que não responda pelo crime de desobediência hierárquica.

O caráter de o subordinado poder dirimir se a ordem é ou não manifestamente ilegal, permite que o “inferior determine o conteúdo da determinação, pois ninguém possui dever de praticar ilegalidade”.[38]

Porém há conseqüências, se a ordem for manifestamente ilegal ou não manifestamente ilegal, onde apenas em uma podemos excluir a culpabilidade do subordinado.

---

[37] JESUS, Damásio E. **Direito Penal – Parte Especial** – Vol. 04. 13º edição. São Paulo: Saraiva, 2003 p.221.

[38] DA COSTA, Alexandre Henriques. Disponível em http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/obediencia.pdf. Acessado em 10 de outubro de 2012.

6.1.1 Da ordem manifestamente ilegal

Quando a ordem se manifestar ilegal, ao subordinado não será exigível que seja cumprida, pois como já comentamos, não é permitido no Brasil o cego cumprimento de ordem ilegal. No entanto, o subordinado tem o dever de não cumprir a ordem que era manifestamente ilegal, nesse caso não terá conseqüência, uma vez que a ordem o qual era manifestamente ilegal não for cumprida não gera crime de desobediência. Por outro lado, se mesmo a ordem sendo manifestamente ilegal o subordinado cumpri-la, ele poderá responder junto com o superior hierárquico pelo fato delitivo por abuso de autoridade[39], a não ser que a ordem recebida tenha vindo de coação irresistível.

6.1.2 Da ordem não manifestamente ilegal

Se a ordem não manifesta ilegalidade, ao cumpri-la, o subordinado estará agindo sem culpa da sua conduta, pois não poderia se exigir conduta diversa que a cumprida, para Capez[40] incide na exigibilidade de conduta diversa, um dos elementos da culpabilidade. "É a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, tornando viciada a vontade do subordinado e afastando a exigência de conduta diversa."

No entanto, para a ordem não manifestamente ilegal, não se fala em não cumprimento, partindo do ponto que certamente o subordinado obedeceria à ordem, mas caso ele venha a não cumprir ordem que seria a principio legal, responderá por crime de desobediência hierárquica.

Voltando ao ponto no qual ele cumpriria a ordem em que não se manifestava ilegalidade, podemos então excluir a culpabilidade do subordinado, passando do pressuposto de que para ele estava puro e simplesmente no seu estrito cumprimento do dever legal.

---

[39] ABUSO DE AUTORIDADE acontece quando um agente público, ultrapassa a atuação legal de uma ação ou omissão.

[40] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Parte especial – v. IV. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

6.2 Da coação irresístivel

A coação irresistível tal como a desobediência hierárquica são causas de excludentes de culpabilidade, expostas no artigo 22 do Código Penal e refere-se apenas a coação moral, porém, para ser causa de exclusão de culpa a ação ou omissão devem ser inevitáveis, insuperável e inelutável, para se caracterizar a coação.

Na coação moral irresistível, o subordinado não teve opção à não ser cumprir a ordem emanada, mesmo sendo ela manifestamente ilegal ou não manifestamente ilegalidade. O subordinado não agiu com culpabilidade, pois não teve opção de avaliar se a ordem dada era legal ou ilegal, ocorrendo assim um erro de proibição.

No Código penal Militar a coação moral irresistível está prevista no artigo 38 “a”, com a mesma interpretação do Código Penal Brasileiro no artigo 22.

6.3 Do excesso

O subordinado, mesmo quando não manifestar ilegalidade, pode cumprir a ordem de forma excessiva, o que também acabaria por responder por todos os danos praticados.

Porém, o subordinado cometendo excesso terá a sua responsabilidade tanto quanto seu superior (nos casos de a ordem for manifestamente ilegal), ou até maior por ter excedido na ordem recebida. Frederico Marques[41], professor, em sua obra, Curso de Direito Penal, atenta que “o cumprimento da ordem de superior precisa ficar nos limites do que nela se contém. Donde a linguagem incontroversa do Código: ‘ em estrita obediência.’”.

No mesmo sentido Heleno Cláudio Fragoso salienta que “deve a execução limita-se à estrita observância da ordem, ou seja, não pode o subordinado exceder-se na execução da ordem, sob pena de responder pelo excesso”.[42]

Sendo assim, todos os atos cometidos com excesso pelo subordinado que recebeu a ordem, será responsabilizado na medida do resultado lesivo causado, pois deveria prevê-los.

41 MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1969.

42 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 221.

7 A RELEITURA DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE

7.1 Conceito de crime

Para se iniciar a análise de uma exclusão de culpabilidade, primeiramente precisamos saber o conceito de crime, apresentando o que mais atende a realidade jurídica e o posicionamento da doutrina.

O conceito de crime é separado pela doutrina em: formal, material e analítico, sendo que o conceito formal é a descrição que se obtém com a legislação penal, sob o ponto de vista do direito positivo, o que a lei penal vigente incrimina. O conceito material ou substancial é o conteúdo ilícito ordenado pela sociedade, e que foi trazida à lei penal, buscando a essência do delito e a afixação de alguns limites do legislador ao fazer a incriminação de uma conduta, é o desvalor da sociedade perante aquele delito.[43]

O conceito analítico de crime pode ser fragmentado em alguns elementos, sem descaracterizar o fato delitivo como um todo unitário[44], advindo pela classificação tripartida, é uma ação ou omissão típica ou tipicidade; antijurídico, antijuridicidade ou Ilicitude e culpável ou culpabilidade.

São diversas as posições da doutrina sobre esses elementos, porém nossa ênfase será apenas quanto à culpabilidade, ou seja, a reprovação da conduta do agente pela sociedade.

---

[43] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 144.

[44] PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal: parte geral**. 2º ed. reform. Atual. E ampl. São Paulo; Editora dos Tribunais, 2008, p. 52/53 e 89/94.

7.2 Culpabilidade e causa de exclusão

A culpabilidade como vimos, faz parte do conceito analítico de crime, porém, alguns autores como René Dotti[45] e Claus Roxin[46], mantém o posicionamento de que a culpabilidade deve ser estudada como um elemento da teoria da pena e não no campo da teoria geral do delito. No entanto, a matéria continua a ser estudada juntamente com os elementos do crime por uma conveniência didática.

O conceito de culpabilidade ou do fato culposo consiste na reprovação da sociedade sobre a ação ou omissão onde poderia ele ter agido conforme a norma e não o fez, ou seja, "é exigível do sujeito à possibilidade de compreensão da antijuridicidade[47] de sua conduta, e que as circunstancias em que agiu não lhe tenham reduzido o âmbito de autodeterminação além de um limite mínimo".[48]

O princípio da culpabilidade entende que o homem é capaz de se alto determinar-se, a ponto de estar ciente da reprovabilidade de sua ação ou omissão, e as conseqüências de seus atos, sendo que "não haverá pena se a conduta não for reprovável ao autor".[49]

Para a caracterização da culpabilidade, estudamos a conduta do agente pelos elementos da culpabilidade, para que com esses critérios, seja analisado o ânimo de reprovabilidade na conduta ilícita do autor, e assim, aplicar uma pena justa ao fato delitivo.

São os elementos da culpabilidade: a imputabilidade; o potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta adversa, sendo esta ultima o objeto de nosso estudo, no entanto, cabe fazer um breve conceito de cada um de seus elementos.

A imputabilidade é a capacidade de culpa que pode ser dada ao agente, sendo que, verificam-se suas condições de maturidade e sanidade mental a ponto de ter conhecimento que o ato praticado tem caráter ilícito, não podendo se exigir o entendimento da ilicitude. São causas que excluem a imputabilidade ou causas de inimputabilidade as doenças mentais; o de-

---

[45] DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 3º ed.rev., atual. E ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 418.

[46] ROXIN, Claus. "**A culpabilidade como critério limitativo da pena**", tradução de Fernando Fragoso, em Revista de Direito Penal, São Paulo: RT, 1973, nº 11/12, p. 7 e s.

[47] ANTIJURIDICIADADE ou ilicitude é a contradição da conduta do agente com o ordenamento jurídico.

[48] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito Penal Brasileiro: parte geral** / Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli – 6º ed. Rev. atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.517/526.

[49] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito Penal Brasileiro: parte geral** / Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli – 6º ed. Rev. atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 548/565.

senvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput, CP); a menoridade (art. 27, CP) e a embriaguez acidental completa (art. 28, II, §1º, CP) e embriaguez patológica completa (art. 26, caput, CP), tendo em vista a redução da capacidade que o agente teve de sua culpabilidade poderá nas causas acima referidas diminuir ou atenuar a pena aplicada.

O potencial de consciência da ilicitude é a reprovabilidade intelectual, onde o agente não tem compreensão se a ação ou omissão era ilícito, ou seja, não tinha conhecimento da proibição do ordenamento jurídico nem era possível de tê-lo.

Já a exigibilidade de conduta diversa tem um conceito muito amplo, podendo abranger as duas outras situações de culpabilidade já citadas. Nesse caso a ação só será reprovável se for exigível do agente que se tenha conduta adversa da praticada, sendo possível o agente ter o juízo de culpa a ponto de identificar a ação ou omissão por ele praticado se era típica e ilícita, porém não a fez. Essa exigibilidade só poderá ser exigida se expressa em lei.

Sendo assim, a uma possibilidade ou impossibilidade de agir, o que irá variar a cada um e a cada conduta o seu nível de reprovabilidade.

No entanto, a culpa pela exigibilidade de conduta diversa, pode ser excluída nos casos previsto no artigo 22 do CP, da coação irresistível e da obediência hierárquica e na possibilidade de aborto quando a gravidez é resultante de estupro.

A coação irresistível prevista no Código Penal em seu artigo 22 é apenas a coação moral e não a física, pois geralmente o coagido pratica um fato típico e antijurídico, somente o injusto penal cometido que não lhe poderá ser imputado, como já abordado anteriormente.

Contudo, chegamos no estudo objeto de nosso trabalho, a obediência hierárquica e a excludente de culpabilidade, também prevista no mesmo artigo 22 do CP, onde obrigatoriamente deve ser emanada de superior hierárquico, isto é, “de quem se encontra em condições legais de comunicá-la, e estar num plano superior de relação hierárquica pública, não sendo admissível à hierarquia decorrente da relação privada, como a comercial, a trabalhista privada, de ordens religiosas, familiar, etc”.[50]

A ordem do superior hierárquico quando cumprida se obtiver como resultado um ato ilícito, o subordinado será isentado de culpa apenas se a ordem não for manifestamente ilegal, como excludente de culpabilidade. Ou seja, a ordem emanada, deve ser analisada pelo

---

50 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito Penal Brasileiro**: parte geral / Eugenio Raul Zaffaroni e Jose Henrique Pierangeli – 6º ed.rev.atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p 563.

subordinado dentro de suas possibilidades de conhecimento, a fim de se entender a sua legalidade.

7.3 A exclusão da culpabilidade na obediência hierárquica militar

O Código penal Militar, em seu artigo 22, conceitua militar como todo integrante das forças armadas, tanto em tempo de paz e de guerra, para neles servir em posto[51], graduação, ou sujeição à disciplina militar. No artigo 23, conceitua os equiparados à comandante, como toda autoridade com função de direção. Para então no artigo 24 falar quem é superior, ou seja, quem esta sujeito à hierarquia:

> Artigo 24, CPM – O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da lei penal militar. (grifo nosso)[52,]

Considerando o entendimento de quem seria o superior hierárquico militar, se consegue facilmente identificar quem seria o sujeito ativo e passivo de um crime militar de desobediência hierárquica em causa de excludente de culpa do agente causador do delito. O Código Penal Militar no artigo 34, assim como o Código Penal Brasileiro, salientam que só responde pelos resultados o agente que houver causado, pelo menos culposamente.

Ou seja, caso seja considerado que o subordinado no exercício de suas funções, obteve uma ordem não manifestamente ilegal, essa ordem ao ser cumprida, e posteriormente vir a ser considerada ilegal, o subordinado será isentado de pena, pela excludente de culpabilidade, por estar cumprindo ordem de superior hierárquico, o qual não manifestava ilegalidade.

Aplica-se como fundamentação da excludente de culpabilidade o artigo 38 do Código Penal Militar, igualmente as do Código Penal Brasileiro, sendo elas a coação irresistível e a obediência hierárquica, ou seja, se a ação ou omissão do militar subordinado, for em função de uma coação irresistível, ou de uma obediência hierárquica que não manifestava ile-

[51] POSTO é a denominação dada para as patentes apenas de oficiais. Para praças, a denominação é gradação.

[52,] BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal Militar**. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 outubro 1969.

galidade, nesses dois casos, o agente não será penalizado pela ausência de culpa.[53]

O regulamento do Exército traz a excludente de culpa em um de seus artigos, vejamos:

> Art. 18. Haverá causa de justificação quando a transgressão for cometida:
>
> I- na prática de ação meritória ou no interesse do serviço, da ordem ou do sossego público;
>
> II- em legítima defesa, própria ou de outrem;
>
> III- em obediência a ordem superior;
>
> IV- para compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, em caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública, manutenção da ordem e da disciplina;
>
> V- por motivo de força maior, plenamente comprovado; e
>
> VI- por ignorância, plenamente comprovada, desde que não atente contra os sentimentos normais de patriotismo, humanidade e probidade.[54]

Como exemplo da aplicação do artigo 38 do CPM, temos um julgado em que foi excluída a culpabilidade de um sargento, por estar cumprindo ordem de superior:

> HOMICIDIO - ART. 206 DO CPM. INSTALAÇÃO DA REDE ELETRICA DE ACAMPAMENTO MILITAR A REDE PUBLICA DE ENERGIA SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO OFICIAL. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL IMPRESTAVEL E AUSENCIA DE PLANEJAMENTO POR PARTE DOS RESPONSAVEIS PELO COMANDO. AGENTES DESQUALIFICADOS PARA A TAREFA. ELETROCUÇÃO DO SOLDADO AUXILIAR. IMPUTAÇÃO DO DELITO DE HOMICIDIO AO SARGENTO, AMPARADO PELA EXCLUDENTE DE OBEDIENCIA HIERARQUICA INSITA NO ART. 38, LETRA 'B' DO CPM. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTORIA. FACE INDICIOS DE OUTRO CRIME, DETERMINADO EXTRAÇÃO DE PEÇAS DO PROCESSO COM REMESSA A PGJM PARA AS PROVIDENCIAS CABIVEIS. UNANIME.
>
> (STM, Apl. 1991.01.046489-1 UF: PR, Decisão: 19/12/1991, Min. Rel. José do Cabo Teixeira de Carvalho).[55]

---

53 **Ver p. 21**

54 BRASIL. **Decreto Federal 4.346 de 26 de agosto de 2002, que instituiu o Regulamento Disciplinar do Exército.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 agosto 2002.

55 BRASIL. Superior Tribunal Militar (STM). Apelação 1991.01.046489-1 UF: PR, Decisão: 19/12/1991, Min. Rel. José do Cabo Teixeira de Carvalho.

Na obediência hierárquica o subordinado apenas será responsabilizado, se a ordem dada for manifestamente ilegal, ou em casos da ordem já ter por objeto a prática de ato manifestamente criminoso.

A recusa da prática de comando legal constitui modalidade de crime de insubordinação.

> Art. 163. Recusar obedecer à ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução: Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.[56]

Vejamos como que o regulamento do Exército saliente sobre as ordem de seus superiores hierárquicos:

> Art.9º As ordens devem ser prontamente cumpridas.
>
> §1oCabe ao militar a inteira responsabilidade pelas ordens que der e pelas consequências que delas advierem.
>
> §2oCabe ao subordinado, ao receber uma ordem, solicitar os esclarecimentos necessários ao seu total entendimento e compreensão.
>
> §3ºQuando a ordem contrariar preceito regulamentar ou legal, o executante poderá solicitar a sua confirmação por escrito, cumprindo à autoridade que a emitiu atender à solicitação.
>
> §4oCabe ao executante, que exorbitou no cumprimento de ordem recebida, a responsabilidade pelos excessos e abusos que tenha cometido. [57]

A exclusão da culpa fará com que apenas o superior hierárquico responda pelo resultado, sendo ele o sujeito ativo da conduta delituosa de seu subordinado. Porém o subordinado pode ter ultrapassado com excesso os limites da ordem, e acabará respondendo junto com o superior.

Se a ordem for manifestamente ilegal, responderá tanto quem demandou a ordem quanto quem cumpre, pois deveria ter previsto o resultado lesivo de sua conduta. Como segue o julgado abaixo:

> “Se a ordem de superior hierárquico é manifestamente ilegal, cabe ao subordinado não cumpri-la e, se a cumpre e daí resulta um fato punível, tem de responder por ele, em co-autoria com o superior de quem emanou a ordem”.
>
> (TJES – AC – Rel. José Morcef Filho – RT 386/319).[58]

---

[56] BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal Militar**. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 outubro 1969.

[57] BRASIL. Decreto Federal 4.346 de 26 de agosto de 2002, que instituiu o Regulamento Disciplinar do Exército. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 agosto 2002.

[58] STOCO, Rui. FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.** Volume1 – parte geral. 7ª ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p.358.

Essa previsão a qual nos referimos no parágrafo anterior, está diretamente relacionada ao nível da capacidade que cada agente militar (Federal ou Estadual), o qual irá discernir se aquela conduta será cumprida, e se a ordem é manifestamente ilegal ou não.

No entanto, existem umas hipóteses ainda sem solução pela doutrina.

Assim separaremos em dois momentos, o primeiro é aquele em que o oficial não tem conhecimento básico sobre a hierarquia e disciplina, o que possibilita aos juristas em sua hermenêutica, avaliar se o agente teria capacidade e conhecimento a ponto de identificar se a conduta emanada seria ilegal, e assim, aplicar a pena, conforme os limites de conhecimento desses agentes.[59]

Porém, após o estudo e formação desses agentes, pressupondo que teriam as bases suficientes sobre o que seria hierarquia e disciplina, não se pode mais falar em cumprimento de ordem ilegal, uma vez que será responsável pelos seus atos em coautoria de seu superior, e que poderia identificar a ordem ilegal dada a sua pessoa, pois ambos teriam como aferir a ilegalidade de seu ato.

Sendo assim, o agente que não tem a formação adequada quanto à hierarquia e disciplina, ao cometer ato ilegal, o juiz aplicará a pena mais branda, ou até mesmo não aplicará, levando em conta que o agente não está plenamente formado e, portanto, não tem conhecimento absoluto de suas condutas ilegais, a ponto de não cumprir uma ordem ilegal, o que para ele ainda não manifestava ilegalidade.

Sobre o tema em apreço, confira-se o seguinte julgado, *verbis:*

> "A Ordem de superior hierárquico (isto é, emanada de autoridade pública, pressupondo uma relação de Direito Administrativo) só isenta de pena o executor se não é manifestamente ilegal. Outorga-se, assim, ao inferior hierárquico uma relativa faculdade de indagação da legalidade da ordem".
>
> (TACRIM-SP-AC- Rel. Lauro Malheiros – RT 490/331).[60]

Assim, nos casos em que já se pode cobrar a hierarquia e disciplina, tanto superior quanto subordinado, não devem cometer atos manifestamente ilegais, e, caso o subordinado cum-

---

[59] Esta fase de instrução chama-se Instrução Individual Básica, o qual tem 8 semanas de duração e é prevista no sistema de instrução do exército brasileiro. Sendo que, ao final do período existe a publicação em boletins internos do apto ou inapto. Se apto, já é conhecedor dos direitos e deveres militares.

[60] STOCO, Rui. FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.** Volume1 – parte geral. 7ª ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p.358.

prir ordem ilegal, será responsabilizado tanto quando seu superior, por ter emanado a ordem, e ambos terem discernimento para identificar ilegalidade.

7.4 Obediência hierárquica no estatuto dos militares

O Estatuto dos Militares veio regular as situações, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas no ano de 1980 quando foi sancionado. Ao que se refere à hierarquia militar e disciplina, é tratado no Capitulo III, artigo 14 e seguintes do Estatuto, onde além de conceituá-lo faz uma breve síntese dos postos e graduação.

O estatuto mesmo sendo posterior ao Código Penal Militar, nada interfere nesse ponto, pois complementa o entendimento de hierarquia e disciplina, e traz transparência quanto a seus graus hierárquicos, identificando a capacidade de comando e de subordinação. Portanto, as causas de exclusão de culpabilidade do Código Penal Militar, dão referência ao que dispõe do Estatuto dos Militares.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término desse estudo, faz-se necessário abordar alguns pontos discutidos ao longo do texto, e que possuem importância fundamental para a argumentação da hipótese levantada, bem como proceder ao recolhimento de algumas considerações que justificam a adoção das propostas realizadas no capítulo final.

Conforme se extrai da pesquisa realizada, infere-se que o instituto da hierarquia e disciplina é a base das Forças Armadas, e para tanto observamos a diferença entre os servidores públicos comuns e os servidores públicos especiais das Forças Armadas, onde é exigido com rigorosidade a disciplina e a hierarquia, tanto, que os diplomas infraconstitucionais vieram a conceituar, como o Estatuto dos Militares e o regulamento do exército, mesmo não sendo de competência do legislador apreciar tais preceitos.

A Justiça Militar e muito antiga e pouco conhecida da comunidade jurídica, eis

que foi preciso fazer breves históricos desde como se começou a formar os primeiros exércitos na Europa e depois no Brasil, até a abordagem da hierarquia e disciplina em legislação. Não deixando de lado o histórico desde a primeira Constituição do Império do Brasil até a Constituição da Republica Federativa Brasileira de 1988, e o conceito que ela trás de Forças Armadas e sua competência. Ainda assim, a importância da evolução histórica do Código Penal Brasileiro e do Código Penal Militar e como veio a ser abordada a obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade.

A importância da obediência hierárquica foi trazida ao Código Penal Brasileiro de 1940 e no Código Penal Militar de 1969, porém, não o conceituou, apenas trouxe como erro de proibição, como uma das causas de exclusão de culpabilidade, a exigibilidade de conduta adversa. Ambos os Códigos excluem a culpabilidade se a ordem emanada não manifestava ilegalidade, e seu subordinado a cumpriu, sendo que pode até ser atenuada a pena ou até ser isento. No entanto, a ordem emanada ao manifestar ilegalidade, o subordinado tem o dever de não cumpri-la, e caso a cumpra, respondera em coautoria com o superior competente, autor da ordem. E os excessos ou o não cumprimento da ordem manifestamente legal, serão de responsabilidade do subordinado, enquadrando-o no crime do artigo 163 do Código Penal Militar, por recusa a obediência.

No tocante ao grau de conhecimento dos integrantes das Forças Armadas, concluímos que é de grande relevância que o magistrado interprete-a de acordo com a formação dos agentes que a compõe, ou seja, analisando a hierarquia e disciplina em que foram submetidos. Sendo que, aqueles que não ainda não tem a formação da matéria hierarquia e disciplina, não se poderia exigir um amplo conhecimento do que seria uma ordem ilegal, cabendo ao magistrado aplicar a pena ou não aplicá-la, de acordo com a capacidade de cada integrante e de sua interpretação de ilegalidade.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar. Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos**. Editora Juruá, Curitiba, 2001.

CORREA, Silvana Cordeiro. O Regime Jurídico Dos Militares na Esfera do Direito Penal: A Questão da Configuração da Obediência Hierárquica Como Causa de Exclusão da Culpabilidade. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

ALMEIDA, Érika Fontes e Daniel R. Vaz. **Teoria do Crime: conceito de delito.**

Disponível em http://www.unit.br/Publica/2010-2/HS_TEORIA_DO_CRIME.pdf. Acesso em 09/10/2012.

BERTOLLO, Alessandro Rafael. **O conceito de crime.** Disponível em http://jus.com.br/revista/texto/3705/o-conceito-de-crime#ixzz29bAcmK00. Acesso em 10/10/2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Código Penal Militar. In: LAZZARINI, Álvaro (org.). **Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Estatuto dos Militares e Constituição Federal.** 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal Militar**. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 outubro 1969.

BRASIL. **Decreto Federal 4.346 de 26 de agosto de 2002, que instituiu o Regulamento Disciplinar do Exército.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 agosto 2002.

BRASIL. **Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980, dispões sobre o Estatuto dos Militares**. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 dezembro 1980.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal –** parte geral - v. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Parte especial – v. IV. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DA COSTA, Alexandre Henriques. Disponível em http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/obediencia.pdf. Acessado em 10 de outubro de 2012.

DE JESUS, Damásio E. **Direito Penal – Parte Especial** – Vol. 04. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado.** 11. ed. São Paul: Revista dos Tribunais, 2001.

CORREA, Silvana Cordeiro. O Regime Jurídico Dos Militares na Esfera do Direito Penal: A Questão da Configuração da Obediência Hierárquica Como Causa de Exclusão da Culpabilidade. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal.** 3ª ed. rev., atual. e ampli. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte especial –** v. IV. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HORTA, Raul Machado**. Direito Constitucional.** 4º ed. Belo Horizonte: Rel Rey, 2003.

JUNIOR, Rolf Koerner. **Obediência Hierárquica**. Belo horizonte: Del Rey, 2003.

LEIRNER, Piero de Camargo. **Meia Volta, volver: um estudo antropológico sobre hierarquia militar.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar.** 2. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1969.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar e sua Processualidade: Doutrina, Prática, Legislação.** São Paulo: Editora de Direito, 1996.

MELLO, Celso Antônio. Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17ª. ed. Malheiros, São Paulo, 2004.

MEYRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 22º ed. atual. São Paulo: Malheiros,1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, D. F. **Curso de Direito Administrativo.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Capítulo **Exército e Estado no Brasil Imperial.** Capítulo dis-

ponível em http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/index. Acessado em 15 de outubro de 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal: parte geral.** 2º ed. ref. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. "**A culpabilidade como critério limitativo da pena**", trad. de Fernando Fragoso, em Revista de Direito Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ROXIN, Claus. **Estudo de Direito Penal –** 2º edição/ tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal, parte geral.** v. I. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, José Afonso. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SODRE, Nelson Werneck. **História Militar do Brasil**. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 1965.

STOCO, Rui. FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.** Volume 1 – parte geral. 7ª ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

TÁCITO, Caio. **O Abuso de Poder Administrativo no Brasil**: **Conceito e Remédios**. São Paulo: Departamento Administrativo do Serviço Público Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959.

VALLA, Wilson Odirley. **Deontologia Policial – Militar,** APMG**.** São José dos Pinhais: 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito Penal Brasileiro: parte geral** / Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli – 6º ed. Rev. atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.